

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA
FACULTAD DE DERECHO

"LA PRUEBA CIENTÍFICA DE LA FILIACIÓN"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
DOCTORA EN DERECHO
P R E S E N T A
LÓPEZ FAUGIER CONCEPCIÓN IRENE

COMITÉ TUTORAL DE DERECHO CIVIL

DR. ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ
DR. JOEL CHIRINO CASTILLO
DR. FLAVIO GALVÁN RIVERA

ASESOR DE TESIS:
DR. JOEL CHIRINO CASTILLO



MEXICO, D.F.

200

m 340755

5

El esfuerzo de esta importante etapa académica y profesional que he venido realizando estos últimos cuatro años de mi vida, la dedico a quienes de una u otra forma me han apoyado y han contribuido a su culminación.

A Pegaso, porque ese maravilloso ser mitológico fue el impulso y la motivación para su actualización.

A mi familia de origen y extendida, dado que este trabajo tiene la finalidad de estudiar la filiación, institución perteneciente a una de las disciplinas jurídicas específicas más apasionantes del Derecho, como es el derecho civil para la familia.

En especial a mis progenitores:
Concepción G. Jaugier de López
Augusto César Victorico López Romero

A mi Alma Mater, la Universidad Nacional Autónoma de México y a todos y cada uno de mis Maestros, porque ellos han sido fuente de inspiración y a través de sus enseñanzas he aprendido a amar cada día más el Derecho.

Especialmente, a mi asesor el Doctor Joel Chirino Castillo, porque siempre tuvo palabras de aliento y me brindó su invaluable apoyo hasta la culminación de esta investigación.

A mis amigos con quienes he compartido los mejores y los peores momentos de mi vida.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

LA FILIACIÓN

I. Concepto y Naturaleza Jurídica de la Filiación.

1.- Concepto.

A.- Etimológico	11
B.- Gramatical	11
C.- Biológico	11
D.- Jurídico	13

2.- Naturaleza Jurídica y Características de la Filiación.

A.- Hecho Jurídico en Estricto Sentido y Acto Jurídico.....	26
B.- Estado de Derecho.....	27
C.- Estado Civil.....	28
D.- Institución Jurídica.....	28
E.- Fuente de Relaciones Jurídicas.....	29

II. Especies de Filiación.

1.- Filiación Biológica.....

A.- Filiación Matrimonial.....	31
B.- Filiación Extramatrimonial	50

2.- Filiación Legal.

A.- Filiación Adoptiva.....	75
B.- Filiación Proveniente del Uso de los Métodos de Reproducción Asistida	89
C.- La Filiación en el Supuesto de la Clonación Humana....	100

III. Presunción de Filiación.

1.- Presunción de la Filiación Matrimonial.....	104
2.- Presunción de los Descendientes Habidos en Concubinato	111

IV. Investigación de la Filiación.

1.- Concepto.....	115
2.- El Derecho del Descendiente Para Conocer su Filiación en el Ámbito Internacional.....	116

CAPITULO SEGUNDO

LA PATERNIDAD

I. Concepto de Paternidad.

1.- Concepto

A.- Etimológico	125
B.- Gramatical.....	126
C.- Biológico.....	127
D.- Jurídico.....	127

2.- La Potestad Paterna.

- A.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.....** 128

II. Imputación de Paternidad.

- 1.- Presunción de la Paternidad Durante el Matrimonio..... 130

A.- Código Civil Federal 131

B.- Código Civil para el Distrito Federal 136

- 2.- Presunción de la Paternidad Durante el Concubinato ... 143

A.- Código Civil Federal 144

B.- Código Civil para el Distrito Federal 150

III. Impugnación de la Paternidad.

- 1.- Acciones de Impugnación de Estado..... 154

A.- Acción de Negación de la Paternidad Legítima o de Impugnación de la Legitimidad..... 155

B.- Acción de Desconocimiento de la Paternidad o de Denegación de la Paternidad..... 158

C.- Acción para Impugnar el Reconocimiento..... 165

D.- Acción para Impugnar la Legitimación..... 171

E.- Impugnación de la Paternidad de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida..... 172

- 2.- Acciones de Reclamación de Estado 179

A.- Acción de Reclamación de Descendiente de Matrimonio..... 180

IV. Investigación de la Paternidad.

1.- Concepto.

A.- Gramatical	184
B.- Jurídico	185

2.- Regulación de la Investigación de la Paternidad en la Actualidad	186
--	-----

3.- La Investigación de la Paternidad en el Caso de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida Reproducción Asistida.....	198
--	-----

4.- Trabajo de Campo Realizado en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.....	201
--	-----

CAPITULO TERCERO

LA MATERNIDAD

I. Concepto de Maternidad.

A.- Etimológico	211
B.- Gramatical	212
C.- Biológico	213
D.- Jurídico	213

II. Imputación de Maternidad.

1.- Matrimonial y Extramatrimonial	215
2.- En el Caso del Uso de Métodos de Reproducción Asistida	220
3.- En el Caso de la Maternidad Subrogada. (Gestante).....	223

III. Impugnación de la Maternidad.

1.- Acción de Impugnación de Estado.....	233
A.- Acción de Impugnación de la Maternidad.....	233
B.- Impugnación de la Maternidad de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida.....	239

IV. Investigación de la Maternidad.

1.- Concepto.	
A.- Gramatical.....	241
B.- Jurídico.....	241
2.- Regulación de la Investigación de la Maternidad en la Actualidad.....	243

CAPITULO CUARTO

PRUEBA CIENTÍFICA DE LA FILIACIÓN.

I. Teoría de la Prueba.

1.- Concepto de Prueba.

A.- Gramatical.....	254
B.- Jurídico.....	256
C.- Diferencia entre Prueba y Medios de Prueba.....	258

2.- Principios Generales de la Prueba.

A.- Principio de la Necesidad de la Prueba y de la Prohibición de Aplicar el Conocimiento Privado del Juez sobre los Hechos	259
B.- Principio de la Eficacia Jurídica y Legal de la Prueba.....	259
C.- Principio de la Unidad de la Prueba.....	260
D.- Principio de la Comunidad de la Prueba.....	260
E.- Principio del Interés Público de la Función de la Prueba.....	261
F.- Principio de la Lealtad y Probidad o Veracidad de la Prueba.....	262
G.- Principio de la Contradicción de la Prueba	262
H.- Principio de la Igualdad de Oportunidades para la Prueba.....	263
I.- Principio de la Publicidad de la Prueba	263
J.- Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba.....	264
K.- Principio de la Legitimación para la Prueba.....	264
L.- Principio de la Preclusión Sobre el Ofrecimiento de la Prueba.....	265
M.- Principio de la Inmediación y de la Dirección del Juez en la Producción de la Prueba.....	265
N.- Principio de la Imparcialidad del Juez en la Dirección y Apreciación de la Prueba.....	266
Ñ.- Principio de la Originalidad de la Prueba.....	266
O.- Principio de la Concentración de la Prueba.....	266
P.- Principio de la Libertad de la Prueba.....	267
Q.- Principio de la Pertinencia, Idoneidad y Utilidad de la Prueba.....	267
R.- Principio de la Naturalidad o Espontaneidad y Licitud de la Prueba y del Respeto a la Persona Humana.....	268
S.- Principio de la Obtención Coactiva de los Medios Materiales de Prueba.....	268
T.- Principio de la Evaluación o Apreciación de la Prueba.....	269
U.- Principio de la Carga de la Prueba y de la Autorresponsabilidad de las Partes por su Inactividad.....	269
V.- Principio de Oralidad en la Práctica de la Prueba.....	270

W.- Principio de la no Disponibilidad e Irrenunciabilidad de la Prueba.....	270
X.- Principio de la Gratuidad de la Prueba.....	271

3.- Objeto y Carga de la Prueba.

A.- El Objeto de la Prueba Judicial.....	271
B.- Diferencia entre el Objeto y el Fin de la Prueba.....	275
C.- Derecho a la Prueba. (derecho subjetivo de probar).....	277
D.- La Carga de la Prueba.....	279
E.- Características Esenciales sobre la Carga de la Prueba.....	280

4.- Clasificación de las Pruebas.

A.- Según su Objeto (pruebas directas e indirectas; principales o accesorias)	283
B.- Según su Forma (pruebas escritas y orales).....	284
C.- Según su Estructura o Naturaleza (pruebas personales y reales o materiales)	285
D.- Según su Función (pruebas históricas y críticas o lógicas)	285
E.- Según su Finalidad (prueba de cargo y de descargo o contraprueba; pruebas formales y sustanciales).....	286
F.- Según su Resultado (pruebas plenas, perfectas o completas e imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas; pruebas veraces y falsas).....	287
G.- Según los Sujetos Proponentes de la Prueba (prueba de oficio, de partes o de terceros).....	288
H.- Según su Oportunidad o el Momento en que se Producen (procesales o judiciales y extrajudiciales; preconstituidas y casuales).....	288

I.- Según su Utilidad (pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles).....	289
J.- Según sus Relaciones con Otras Pruebas (pruebas simples y compuestas o complejas; concurrentes y contrapuestas).....	290
K.- Según su Licitud o Illicitud (pruebas lícitas e ilícitas).....	291
5.- Medios de Prueba.....	293
A.- Confesional.	
a).- Concepto.....	296
b).- Clases de Confesión.....	298
c).- Sujetos del Acto Confesorio.....	300
d).- Ofrecimiento de la Prueba Confesional.....	301
e).- Citación del Absolvente.....	302
f).- Las Posiciones.....	304
g).- Formalidades Procesales de la Prueba Confesional.....	306
h).- La Prueba Confesional en los Juicios de Filiación.....	310
B.- Testimonial.	
a).- Concepto.....	312
b).- Objeto del Testimonio.....	315
c).- Sujetos del Testimonio.....	316
d).- Clases de Testimonios y de Testigos.....	316
e).- Ofrecimiento y Preparación de la Prueba Testimonial.....	320
f).- Formalidades Procesales de la Prueba Testimonial.....	321
g).- Tacha de Testigos.....	324
h).- La Prueba Testimonial en los Juicios de Filiación.....	326

C.- Pericial.

a).- Concepto.....	332
b).- Objeto de la Prueba Pericial.....	334
c).- Características Generales de la Prueba Pericial.....	335
d).- Clases de Peritaciones y de Peritos.....	337
e).- El Perito.....	338
f).- Ofrecimiento de la Prueba Pericial	344
g).- Formalidades Procesales de la Prueba Pericial	345
h).- El Dictamen Pericial.....	352
i).- La Prueba Pericial en los Juicios de Filiación.....	360
1.- La Prueba Hematológica.....	364
2.- La Prueba de Maduración Fetal.....	370
3.- La Prueba Antropológica o Heredobiológica	374
4.- El Método de Kühne o Prueba Morfológica de la Columna Vertebral	378
5.- El Sistema HLA (human leukocyte antigen).....	379
6.- La Prueba de Compatibilidad Inmunogenética.....	382
7.- La Prueba del ADN o de la Identificación de Personas a través del Ácido Desoxirribonucleico.....	386
j).- Comentarios Relativos a la Resolución Emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Respecto de la Contradicción de Tesis 81/2002 PS, Suscitada entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Vigésimo tercer Circuito.....	398

D.- Documental.

a).- Concepto.....	439
b).- Objeto del Documento y su Contenido.....	440
c).- Sujetos del Documento.....	442
d).- Clases de Documentos.....	443
e).- Ofrecimiento de la Prueba Documental.....	450
f).- Impugnación de la Prueba Documental.....	452
g).- La Prueba Documental en los Juicios de Filiación.....	455

E.- Indicios.

a).- Concepto.....	465
b).- Naturaleza de la Prueba de Indicios	466
c).- Diferencia entre Indicios y Presunciones.....	468
d).- Clases de Indicios	470
e).- Importancia de la Prueba de Indicios	471
f).- La Prueba de Indicios en los Juicios de Filiación.....	473

F.- Presunciones.

a).- Concepto.....	481
b).- Clases de Presunciones.....	483
c).- Naturaleza Jurídica de la Presunción.....	486
d).- Formas de Atacar una Presunción.....	487
e).- La Prueba Presuncional en los Juicios de Filiación.....	490

6.- Valoración de la Prueba.

A.- Concepto de Valoración o Apreciación de la Prueba Judicial.....	492
B.- Sistemas para la Apreciación de la Prueba.....	493
C.- Las Diversas Operaciones del Proceso Mental de Valoración o Apreciación de la Prueba.....	496
D.- Momento en que se Ejerce la Actividad Valorativa.....	498
E.- Fin de la Apreciación o Valoración de la Prueba.....	498
F.- Resultado Final de la Valoración de la Prueba.....	498

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La realización del presente trabajo de investigación se encuentra estrechamente vinculada a una hermosa reflexión de Rudolf Von Ihering, en su obra "La Lucha por el Derecho", en cuyo contenido su autor destaca dentro de los múltiples objetivos del Derecho, el estudio y la búsqueda sin cesar del verdadero camino, el cual una vez encontrado, debe ser capaz de derribar todos los obstáculos que se oponen e impiden avanzar.

Tal reflexión, evidentemente tiene relación con el carácter dinámico de la ciencia jurídica, la cual no puede permanecer estática ante los avances sociales y científicos, pues debe ir evolucionando con los mismos a la par. En este caso precisamente, se sitúan los actuales progresos en el ámbito de la genética clásica y molecular, mismos que han desencadenado una verdadera revolución tanto en el ámbito de la biología como de la medicina, extendiendo sus fronteras y aplicaciones al campo del Derecho.

En el ámbito legal tales descubrimientos de la medicina genética, han sido acogidos particularmente y desde hace varias décadas, por el derecho penal para el esclarecimiento de casos de homicidio, violaciones y otras acciones delictivas. No obstante, en otras disciplinas jurídicas específicas, como es en la materia familiar, se les ha tomado poca o nula importancia, restringiéndose su aceptación por el escepticismo y la renuencia de los impartidores de justicia, debido a su lógica formación humanística y a la carencia de información y experiencia necesarias para su calificación, aun cuando su aplicación puede resultar imprescindible para el esclarecimiento de los vínculos biológicos controvertidos.

Claro que dicha renuencia y escepticismo ha ido disminuyendo cada día, porque desde junio del año 2000 la legislación sustantiva civil del Distrito Federal, admite en su artículo 382 la prueba biológica o la proveniente de los avances científicos, como el medio probatorio idóneo para acreditar el nexo filial de los descendientes,

ya sea, con su padre, con su madre o con ambos. Sin embargo, no basta su admisión, si todavía los juzgadores carecen de la información y de la experiencia necesarias en cuanto:

1.- Al conocimiento de las distintas pruebas periciales, a través de las cuales puede probarse científicamente un vínculo filial controvertido.

2.- Lo relativo a las limitaciones de su empleo, pues no todas tienen la capacidad de aportar resultados concluyentes.

3.- Los problemas que implica el someterlas a la práctica, como por ejemplo: La existencia de laboratorios especializados, de material específico –sueros y reactivos- y de personal capacitado (peritos idóneos).

4.- La selección y conservación de las muestras de material genético para llevarlas a la práctica.

Todos estos factores, son sin duda alguna indispensables para una correcta valoración de las mismas. En este sentido, no pretendo que los jueces se conviertan en peritos de cuestiones ajenas al Derecho, sino simplemente capacitarlos para su adecuada apreciación.

El desarrollo del presente trabajo lo he estructurado en cuatro apartados, aplicando el método deductivo, esto es, de lo general a lo particular. Así, en el primer capítulo intitulado "LA FILIACIÓN", expondré lo relativo a esta institución, con el objetivo de particularizar el área específica del derecho civil para la familia, que constituye la base del tema central de mi investigación, esto es, la relación derivada de la naturaleza o de la voluntad entre dos seres humanos, de los cuales uno es el descendiente y el otro es el progenitor.

Con posterioridad, en los capítulos segundo y tercero denominados respectivamente "LA PATERNIDAD" y "LA MATERNIDAD", expondré a detalle los términos correlativos de la filiación, es decir, la relación del padre o de la madre con su hijo o hija, con la finalidad de pomenorizar y abordar de manera global la institución de la filiación.

Finalmente, con el desarrollo de todos estos apartados, me enfocaré en la cuarta y última parte de la presente exposición, designada al igual que el título de este trabajo de investigación, como "LA PRUEBA CIENTÍFICA DE LA FILIACIÓN". Tal capítulo reviste especial importancia, porque los problemas de filiación son en realidad problemas de derecho probatorio.

No se debe olvidar que desde tiempos inmemoriales, el establecimiento de la filiación biológica ha constituido un serio dilema para la humanidad. En el ámbito de la ciencia jurídica, esta problemática ha pretendido ser resuelta desde los primeros sistemas legales, como el romano, a través de presunciones legales basadas en los límites mínimos de viabilidad biológica que puede tener un ser humano (180 días), así como en el término máximo de duración de la gestación (300 días). Tales presunciones además, encuentran su fundamento en los deberes de cohabitación y fidelidad y sólo tienen aplicación en los casos de matrimonio y concubinato.

Pero aun en estos casos, como se puede garantizar el cumplimiento de dichos deberes de cohabitación y fidelidad, sobre todo en el concubinato en el cual el incumplimiento de los mismos, no puede ser objeto de una sanción legal y sólo se basa en una continencia recíproca entre los concubinos. Además, porque comúnmente tal institución no se prueba de manera indubitable, al contarse en la mayor parte de las ocasiones con medios de prueba indirectos, entonces si la misma acreditación de su existencia puede ser objetada, de igual forma se presenta este problema, con las presunciones de filiación resultantes de ella.

Así, no basta el que la ley establezca presunciones a favor de los descendientes nacidos en concubinato, pues primero debe acreditarse su existencia, su inicio o en su caso su terminación y luego, que dichos descendientes nacieron durante los límites mínimo y máximo señalados en la legislación.

Todo esto evidentemente, ha sido objeto de un análisis más profundo a lo largo del presente trabajo. Sin embargo enfatizo en ello, para destacar que aun cuando hoy en día, las presunciones legales de la filiación son útiles en múltiples casos, dicha utilidad no puede generalizarse a toda la gama de posibilidades actualizadas en la realidad.

Por otra parte, este problema se complica más si se tiene en cuenta el caso de los descendientes extramatrimoniales, quienes sólo pueden acreditar su filiación a través del reconocimiento voluntario de sus progenitores, o de la sentencia judicial en la cual se declare ese vínculo, ya sea, con su padre, con su madre o con ambos.

En este supuesto, aparentemente la imputación de la maternidad no reviste mayor problema, pues sólo debe probarse el parto y la identidad del descendiente, los cuales son hechos generalmente conocidos, pero que sucede en casos excepcionales, como cuando el embarazo y el parto se han llevado a cabo en secreto. Y respecto del padre ya decía, sólo se puede acreditar tal relación filial mediante su reconocimiento voluntario o a través de la sentencia en la cual se declare la paternidad.

Lo que decir de la filiación proveniente del uso de métodos de reproducción asistida, particularmente de la inseminación artificial heteróloga o tercera biológica, pues la aplicación de la tecnología no a la concepción, sino a la totalidad del proceso de gestación de un ser humano, da lugar por primera vez en la historia, a que un individuo pueda ser descendiente de hasta cinco personas a la vez.

Estas reflexiones, son algunas de las que me han llevado a la realización de ésta investigación y como es notorio, todas se resumen básicamente en un problema de derecho probatorio. Por eso, en el último capítulo del presente trabajo, aplico concretamente a la filiación, cada uno de los medios de prueba regulados en la Ley adjetiva civil del Distrito Federal (exceptuando el reconocimiento o inspección judicial). Destacando la utilidad de cada uno de ellos en su acreditación, porque además deben ser valorados en su conjunto. No obstante, enfatizo más en la prueba pericial biológica, por ser ésta como ya decía, la que más certeza otorga para su determinación en el actual momento de la ciencia.

Así, en el apartado de la prueba pericial de la filiación expondré: la prueba hematológica; la prueba de maduración fetal; la prueba antropológica o heredobiológica; el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral; el sistema HLA –human leukocyte antigen-; la prueba de compatibilidad inmunogenética y la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico.

Todos estos métodos, aun cuando contribuyen con la ciencia jurídica en el conocimiento del nexo biológico entre los descendientes y sus ascendientes, cumplen este objetivo en distinta proporción. A ello me referiré en su análisis, no obstante desde este momento aclaro que no pretendo de manera alguna, aportar un detallado desarrollo de las técnicas médicas utilizadas, para obtener los resultados de inclusión y exclusión del nexo filial controvertido, pues tales explicaciones pertenecen al campo de la medicina y resultan inabordables en el presente trabajo de investigación jurídica, sobre todo porque para su comprensión es indispensable un especial conocimiento técnico.

Más bien, mi exposición se va a centrar en destacar dos aspectos: su importancia hoy en día, dado que en el actual momento de la ciencia otorgan mucho más certeza, respecto de los medios probatorios tradicionalmente admitidos por el Derecho y en proporcionar, a través de un breve análisis de cada una, sus

características, utilidad específica y elementos esenciales para su correcta valoración.

Finalmente, para redondear esta exposición analizaré las implicaciones jurídicas que se generan con la práctica de la prueba científica de la filiación, en particular porque la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, al resolver la contradicción de tesis 81/2002 PS, suscitada entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados ambos del Vigésimo tercer Circuito, determinó que el auto a través del cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética, ocasiona perjuicios de imposible reparación, al afectarse derechos fundamentales del individuo como son: su libertad, integridad corporal y derecho a la intimidad.

En este sentido, el objetivo será analizar sí efectivamente lo resuelto por ese Alto Tribunal, se encuentra realmente sustentado, como para que el individuo presuntamente afectado con la práctica de la prueba pericial genética, pueda evitarla, bajo el argumento de la afectación de sus derechos de la personalidad.

CAPITULO PRIMERO

LA FILIACION

Introducción.

I. Concepto y Naturaleza Jurídica de la Filiación.

1.- Concepto.

- A.-** Etimológico.
- B.-** Gramatical.
- C.-** Biológico.
- D.-** Jurídico.

2.- Naturaleza Jurídica y Características de la Filiación.

- A.-** Hecho Jurídico en Estricto Sentido y Acto Jurídico.
- B.-** Estado de Derecho.
- C.-** Estado Civil.
- D.-** Institución Jurídica.
- E.-** Fuente de Relaciones Jurídicas.

II. Especies de Filiación.

1.- Filiación Biológica.

- A.-** Filiación Matrimonial.
- B.-** Filiación Extramatrimonial.

2.- Filiación Legal.

- A.-** Filiación Adoptiva.
- B.-** Filiación Proveniente del Uso de los Métodos de Reproducción Asistida.
- C.-** La Filiación en el Supuesto de la Clonación Humana.

III. Presunción de Filiación.

- 1.- Presunción de la Filiación Matrimonial.
- 2.- Presunción de los Descendientes Habidos en Concubinato.

IV. Investigación de la Filiación.

- 1.- Concepto.
- 2.- El Derecho del Descendiente Para Conocer su Filiación en el Ambito Internacional.

Introducción

El primer capítulo intitulado “La Filiación” tiene como objetivo analizar dicha institución, la cual junto con el matrimonio, el concubinato y el parentesco, constituyen las fuentes del grupo social primario denominado familia.

Primeramente, en este apartado expondré el concepto de filiación. Respecto a este, interesa destacar que el mismo forma parte de la relación paterno-filial (¹) junto con los conceptos de paternidad y maternidad, al pertenecer todos ellos a un mismo vínculo jurídico, en donde por un lado están los progenitores y por ello se llama paternidad o maternidad, expresando la relación de estos dentro del núcleo familiar y por el otro lado están los descendientes, cuyo vínculo dentro de la familia se designa con el término filiación. En este capítulo, por razones sistemáticas abordare únicamente lo relativo a esta última institución jurídica.

En segundo lugar, analizaré las distintas especies de filiación, para lo cual me permití clasificar esta institución en dos rubros: biológica y legal, dentro de la primera haré referencia a la matrimonial y la extramatrimonial, mientras en la segunda a la adoptiva, la proveniente del uso de los métodos de reproducción asistida, así como en el supuesto de la clonación humana. Como tercer punto, me avocaré al estudio de las presunciones de la filiación, cuya actualización tiene lugar tanto dentro del matrimonio como en el concubinato.

Finalmente, en este apartado expondré lo relativo a la investigación de la filiación, es decir, al derecho de los descendientes a saber quienes son sus progenitores o al menos alguno de ellos, cuando se desconoce la identidad del padre o de la

¹ Para Alfonso De Cossio y Corral, las relaciones paterno filiales “...derivan del hecho de la generación, real o fingida, del hijo y constituyen en cuanto a éste el estado de filiación y, correlativamente, en cuanto a sus progenitores, los estados de paternidad y de maternidad.” Alfonso de Cossio y Corral. *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Ed. Civitas, España, 1988, p. 461. De igual forma, Felipe Clemente de Diego señala que la relación paterno-filial se encuentra “...formada por los padres y los hijos, unidos por el vínculo (real o supuesto) de la generación. Supuestos, por lo tanto, de la misma, son la filiación, la paternidad y la maternidad” Felipe Clemente De Diego, *Curso Elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. VI, Librería General de Victoriano Suárez, España, 1920, pp. 341 y 342.

madre. En este rubro, analizaré el concepto "investigación de la filiación", así como el derecho que tienen los descendientes para conocer su filiación en el ámbito internacional.

I. Concepto y naturaleza jurídica de la filiación.

1.- Concepto.

La institución jurídica de la filiación puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la cual procede, es decir, por su significado etimológico; en segundo lugar por su significado gramatical; en tercer lugar desde su perspectiva biológica y finalmente por su significado jurídico, para lo cual me referiré a la ley y la doctrina.

A.- Etimológico.

La palabra filiación deriva del vocablo latino “*filatio-onis*” perteneciente a su vez a la raíz “*filius*”, cuyo significado es hijo. (²) Por lo que desde el punto de vista etimológico, se destaca la posición de éste en la relación con sus progenitores.

B.- Gramatical.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra filiación, como la “Procedencia de los hijos respecto a los padres”. (³) En este caso, también se considera la relación paterno o materno filial desde el punto de vista del descendiente, reservando las denominaciones maternidad y paternidad para aludir a la calidad de madre o padre.

C.- Biológico.

“El vínculo biológico es el elemento natural, primario e indispensable para poder hablar del concepto jurídico de filiación.” (⁴)

² Real Academia Española. *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. 21ª ed., Ed. Espasa. España. 2001, p. 716.

³ *Idem*.

⁴ Julio López del Carril. *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo-Perrot. Argentina. 1984, p. 417.

Esta institución encuentra su fuente en un hecho de la naturaleza, resultado de la fecundación, cuyo efecto es la procreación. A este respecto, López del Carril opina que este hecho biológico no está regulado por el Derecho, pues el orden jurídico sólo se limita a regular los efectos y las consecuencias producidas por la procreación. (⁵) Esta aseveración me parece incorrecta, porque tanto la fecundación como la procreación son hechos naturales regulados por el Derecho, tal como sucede en el caso de la fecundación asistida.

“Para la Biología la filiación es el vínculo que liga a generantes y generados.” (⁶) La filiación biológica es, por tanto, una ley natural, un hecho de la naturaleza. “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.” (⁷)

Así, en ocasiones la filiación biológica es diferente a la filiación legal, pues la primera deriva del hecho natural de la procreación, mientras la segunda se desprende del vínculo jurídico que liga a quienes ante la ley son padres y madres e hijos o hijas. Entonces, la filiación natural siempre va a existir, porque por regla general los seres humanos somos el resultado de la unión sexual entre un hombre y una mujer, aun cuando éstos fuesen desconocidos. Sin embargo, la filiación legal sólo existe en los casos previstos por la ley.

De este modo, serán descendientes de matrimonio los nacidos de acuerdo con las presunciones establecidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal y en cuanto a la filiación de los descendientes habidos fuera del vínculo conyugal, ésta quedará determinada en el caso del concubinato, conforme a las presunciones señaladas en el artículo 383 del mismo Ordenamiento jurídico y en los demás supuestos, la misma deberá establecerse por el reconocimiento voluntario del padre, de la madre o de ambos, o bien mediante una sentencia

⁵ C/º: Julio López del Carril, *op.cit.*, p. 415.

⁶ Manuel Albaladejo, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*. Ed. Bosch, España, 1974, p.123.

⁷ Antonio Cicu. Trad por Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Tejeiro. *La Filiación*, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1930. p. 16.

ejecutoriada que así lo determine, según lo dispuesto en el artículo 360 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal.

Por otra parte, con relación a la filiación adoptiva y dado que el Código Civil para el Distrito Federal, sólo regula la adopción plena, no así el Código Civil Federal, el descendiente adoptivo se equipara al consanguíneo para todos los efectos legales, extinguiendo con ello la filiación preexistente con sus progenitores, así como el parentesco con las familias de estos, salvo para los impedimentos del matrimonio, conforme a lo señalado por el artículo 410-A de dicho Ordenamiento jurídico. Esto es una cuestión muy discutible, porque no es posible pretender borrar por disposición de la ley el hecho natural de la procreación.

D.- Jurídico.

La definición jurídica de la filiación puede partir de dos fuentes: la ley y la doctrina. En cuanto a la primera, es preciso señalar que los antiguos Códigos Civiles antecedentes de nuestra legislación vigente, no definieron dicha institución, sin embargo, en la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal, la define en su artículo 338 señalando a la letra:

"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".

Esta definición aun cuando es muy elemental, permite inferir que el Código Civil para el Distrito Federal, regula el estado jurídico asignado por el mismo a determinada persona, deducido de la relación natural proveniente de la procreación (exista o no exista matrimonio entre los progenitores), así como aquella, cuyo origen se encuentra en la voluntad de quienes han querido ser padres y madres por adopción, o mediante el uso de métodos de reproducción asistida.

Por otra parte, el Código Familiar para el Estado de Hidalgo define esta institución en el artículo 183 que a la letra establece:

Artículo 183.- “La filiación es la relación consanguínea entre dos personas, por el hecho de engendrar o concebir una a la otra.”

La definición antes apuntada hace referencia a la relación consanguínea entre dos personas, es decir, progenitores y procreados, refiriéndose por tanto únicamente a dos tipos de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial, lo cual conduce a sugerir que el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, sólo reconoce estos dos tipos de filiaciones. Sin embargo, en su artículo 185 dispone:

“La filiación resulta del hecho de engendrar o concebir a un hijo o por adopción”.

Reconociendo entonces, también la filiación adoptiva, por ello tal definición me parece imprecisa e incompleta, al limitar la institución de la filiación solamente a una relación consanguínea.

En la doctrina, la filiación ha sido definida de distintas formas, algunos autores la definen en general, mientras otros aunque no aportan un concepto genérico, distinguen y analizan las especies de filiación reconocidas por el Derecho. A continuación, me referiré al sector de la doctrina que define de forma genérica la filiación, manteniendo en reserva aquellos autores cuya definición se basa en la diferencia de las distintas especies de filiación, para ser citados en el apartado segundo del presente capítulo relativo a ese rubro.

Dentro de los autores que aportan un concepto genérico de filiación se encuentran una diversidad de opiniones, por ello no se puede hablar de una definición uniforme de esta institución, pues la misma ha sido concebida por la doctrina como hecho jurídico, vínculo jurídico, o ambos. También hay quienes la definen como un estado civil o de familia, mientras otros la confunden con el parentesco y finalmente otro sector la conceptúa, como un hecho fundamentalmente biológico

que no es regulado por el derecho, pues este sólo regula los efectos y las consecuencias derivadas de esta institución.

De acuerdo a lo anterior, abordaré en primer lugar la definición de Jorge Adolfo Mazzinghi, quien califica a esta institución como un hecho esencialmente natural o biológico, al señalar:

“La filiación es la relación que se establece entre el hijo y las personas que han concurrido con sus propios aportes genéticos a engendrar su vida.” (⁸)

Para De Pina la filiación

“...equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, pues, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.” (⁹)

Las definiciones anteriores, conciben a la filiación como un hecho jurídico, es decir, como el acontecimiento de la naturaleza o de las personas que crea consecuencias jurídicas. La visión de esta institución desde ese punto de vista, constituye un elemento indispensable para poder hablar de un concepto jurídico más complejo de la misma.

“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.” (¹⁰)

⁸ Jorge Adolfo Mazzinghi, *Derecho de Familia*, T. IV, 3ª ed., Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1995, p. 35.

⁹ Rafael De Pina, *Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia*, Vol. 1, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1960, p. 349.

¹⁰ *Cfr.* Julio López del Carril, *op. cit.*, pp. 417 y 418.

Así, desde el punto de vista biológico, la filiación puede tener lugar dentro del matrimonio o fuera del mismo, lo cual da lugar a dos especies de filiaciones: la matrimonial y la extramatrimonial. Pero además de estas dos, la ley también regula otras dos especies de filiaciones a las cuales confiere una equivalencia jurídica a la filiación biológica, aun cuando se generan mediante un acto jurídico: la adoptiva y la proveniente de uso de métodos de reproducción asistida, la primera, a pesar de no ser biológica, ha quedado equiparada en términos del artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal, a la filiación consanguínea y en cuanto a la segunda, se presentan dos aspectos: la procreación del descendiente con las aportaciones genéticas de quienes están unidos en matrimonio o la presencia de uno o de dos componentes biológicos extraños a la pareja, en cuyo caso, también se considera filiación consanguínea, de acuerdo con el artículo 293 del Ordenamiento jurídico antes señalado.

No se debe perder de vista que el concepto de filiación es genérico, independientemente de las cuatro especies de filiaciones reguladas por la ley y de que en ocasiones, la doctrina se refiera particularmente a la filiación consanguínea, tenga lugar ésta dentro o fuera del matrimonio. Por ello, es importante destacar dentro de los autores consultados, las definiciones de José Castán Tobeñas y Manuel Peña Bernaldo de Quiros, pues estos doctrinarios comprenden en sus conceptos, otras de las especies de filiaciones reguladas en nuestra legislación, con lo cual incorporan además de la matrimonial y la extramatrimonial, la derivada de la adopción y la proveniente del uso de métodos de reproducción asistida.

Así, para José Castán Tobeñas la filiación se encuentra

“...fundada en el vínculo de la generación real o supuesta. Puede, en efecto, derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción).”¹¹

¹¹ José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral Derecho de Familia (Relaciones parentofiliales y tutelares)*, T. IV, 6ª ed., Instituto Editorial Reus, España, 1944, p. 5.

Por su parte, Manuel Peña Bernaldo De Quiros señala:

“El estado de filiación es el estado civil de la persona determinado por la situación que, dentro de una familia, le asigna el haber sido engendrada en ella, o el estar en ella en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto.” (¹²)

La definición proporcionada por Castán Tobeñas incorpora tres de las especies de filiación reguladas por la ley, pues en ella califica a la institución materia del presente estudio, desde dos perspectivas: como un vínculo de la naturaleza y como una ficción de la ley.

En el caso de Peña Bernaldo de Quiros, este autor la concibe como un estado civil, es decir, como el atributo de la personalidad con el cual se designa la posición que ocupa una persona en relación con la familia, por haber sido engendrada en ella (filiación matrimonial y extramatrimonial) o en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto (filiación adoptiva y proveniente del uso de métodos de reproducción asistida), incorporando por tanto en su concepto, las cuatro especies de filiación reguladas en nuestro sistema jurídico.

En otro orden de ideas, me referiré a los autores que califican a la filiación como un vínculo jurídico. En este sector de la doctrina se encuentran: Jean Carbonnier, Eduardo Zannoni, René Ramos Pazos, Ignacio Galindo Garfías y Rafael Rojina Villegas:

Jean Carbonnier define a la filiación como:

“...el vínculo jurídico existente entre el padre (o la madre) y el hijo; se refiere por tanto a la relación de paternidad o maternidad respectivamente.” (¹³)

¹² Manuel Peña Bernaldo De Quiros. *Derecho de Familia*. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. España. 1989, pp. 402 y 403

¹³ Jean Carbonnier. Trad. por Manuel María Lortilla Ruiz. *Derecho Civil. Situaciones Familiares y Cuasi-Familiares*. T. I. Vol. II. Ed. Bosch. España. 1961. p. 253.

Eduardo Zannoni considera:

“El término filiación –del latín: *filius*, hijo- sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.” (¹⁴)

Para René Ramos Pazos, la filiación puede ser definida como:

“...el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado”. (¹⁵)

Por su parte, Galindo Garfías señala que la filiación

“...es la relación jurídica que existe entre dos personas de las cuales, una es la madre o el padre de la otra”. Se trata pues, de un presupuesto jurídico necesario, de una *conditio sine qua non* para conocer la situación jurídica en que se encuentra una persona como hijo de otra, así como un elemento previo indispensable para determinar el estado civil o de familia de esa persona.” (¹⁶)

Para Rojina Villegas, la filiación puede tener dos connotaciones jurídicas.

“Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en 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.” (¹⁷)

Por otra parte, la connotación estricta señalada por dicho autor, se refiere a

“...la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo”

¹⁴ Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II, 2ª ed., Ed. Astrea, Argentina, 1989, p. 283.

¹⁵ René Ramos Pazos, *Derecho de familia*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994, p. 290.

¹⁶ Ignacio Galindo Garfías. “La Filiación y la Paternidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, T. XXVII, No, 110, 1978. p. 395.

¹⁷ Rafael Rojina Villegas, *Derecho Civil. Mexicano. Derecho de Familia*, T. II, 9ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p. 591

Lo cual va a implicar un conjunto de derechos y deberes respectivamente generados entre el padre o la madre y el hijo o hija. Dichos deberes, constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural un estado jurídico. (¹⁸)

Las definiciones antes transcritas, califican a la filiación como un vínculo jurídico y pareciera que en todas ellas se deja a un lado el vínculo biológico, aun cuando este es esencial en la relación entre progenitores y descendientes, pues todos los seres humanos somos por ley natural, el resultado de las aportaciones genéticas de un hombre y una mujer, ya sean conocidos o desconocidos, por lo cual el hecho biológico es esencial en la relación paterno-filial, incluso en los casos de adopción, de los descendientes concebidos *in vitro*, o de los de progenitores desconocidos.

Asimismo en dichas definiciones, con excepción de la aportada por Rafael Rojina Villegas, se diferencian los dos extremos de la relación paterno-filial, es decir, se destaca la distinción entre los términos paternidad, maternidad y filiación, cuestión que no ocurre en la definición proporcionada por el autor mencionado, quien se refiere a progenitor e hijo, englobando en el concepto de progenitor al de paternidad y maternidad, los cuales son diferentes desde el punto de vista gramatical, biológico y cultural.

Por otra parte, en cuanto a la definición de René Ramos Pazos, cabe destacar que dicho autor confunde a la filiación con otra relación jurídica, como es el parentesco, es decir, con el estado jurídico establecido entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción, lo cual es incorrecto, pues el parentesco es el resultado del hecho biológico y no su antecedente.

Nuevamente, regresando a la definición de Rojina Villegas, es preciso señalar que la misma tiene como origen el concepto de filiación aportado por Planiol y Ripert, quienes la definen como:

¹⁸ Cfr. Rafael Rojina Villegas, op. cit , p. 591.

"...el lazo de descendencia que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. En el lenguaje corriente, la filiación comprende toda la serie de intermediarios que unen determinada persona a tal o cual antepasado por lejano que sea; pero en el lenguaje del derecho, la palabra tiene un sentido mucho más restringido entendiéndose exclusivamente la *relación inmediata del padre o de la madre con el hijo...*" (¹⁹)

Planiol y Ripert aportan en principio dos definiciones de filiación de manera precisa, una amplia y otra restringida, pues no destacan únicamente el vínculo jurídico, sino también el lazo de descendencia que une a los progenitores con el descendiente, diferenciando además los conceptos integrantes de la relación paterno-filial. A partir de estas dos connotaciones, Rojina Villegas desarrolla su concepto, el cual es desde mi punto de vista incompleto, pues califica a la institución materia del presente estudio, solamente como un vínculo jurídico.

Las definiciones de filiación abordadas hasta este momento, destacan dos distintas visiones del concepto de filiación: como hecho jurídico y como vínculo jurídico. No obstante, otro sector de doctrina representado por Enrique Guglielmi, Antonio Cicu, Antonio De Ibarrola y Federico Puig Peña, definen a esta institución considerándola tanto un hecho jurídico como un vínculo jurídico.

En opinión de Enrique Guglielmi

"La filiación es el nexo existente entre una persona y sus progenitores, es el vínculo natural y jurídico que une los hijos a los padres" (²⁰)

Para Antonio Cicu, la filiación es un

"estado de familia" porque "...es la posición que el individuo ocupa en la familia." (²¹) Asimismo, "...se basa en el hecho de la procreación del hijo por obra de quienes resultan legalmente sus padres." (²²)

¹⁹ Marcel Planiol y Jorge Ripert, Trad. por Mario Díaz Cruz, *Traatado Práctico de Derecho Civil Francés: La Familia: Matrimonio, Divorcio y Filiación.*, Tomo II, Ed. Cultural, Cuba, 1946, p. 557.

²⁰ Enrique Guglielmi, *Instituciones de Derecho Civil*, reimpresión, Ed. Universidad. Argentina. 1980. p. 280

²¹ Antonio Cicu, *op.cit.*, p. 18.

²² *Ibidem.*, p. 20.

De acuerdo con esta definición, puede decirse que para este autor, la filiación es un estado civil, un hecho natural y un vínculo jurídico.

Por su parte, Antonio de Ibarrola señala:

“Hemos de considerar la filiación como hecho natural y como hecho jurídico. 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; y la paternidad es de difícil comprobación.” (²³)

Federico Puig Peña dice, la filiación es

“...el nombre jurídico que recibe la relación natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra.” Así, para este autor, ésta institución puede ser definida como “aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”. (²⁴)

Estas definiciones son más precisas, pues además de admitir que el vínculo biológico es indispensable en el concepto de filiación, también destacan su naturaleza de vínculo jurídico. Otro aspecto importante, se encuentra en las definiciones de Antonio Cicu y Federico Puig Peña, quienes definen a la filiación como un estado jurídico o estado de familia, es decir, como el atributo de la personalidad que designa la posición de una persona en relación con el Derecho o la familia, constituyéndose a través de esa relación derechos y deberes jurídicos.

De igual forma, en las mismas se contemplan los términos que integran la relación paterno-filial, aunque sólo de manera explícita, Antonio de Ibarrola diferencia la paternidad de la maternidad, porque los demás autores se refieren de manera genérica a los progenitores, sin distinguir la distinta naturaleza de la paternidad y la maternidad.

²³ Antonio de Ibarrola, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1978, p. 300.

²⁴ Federico Puig Peña, *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia. Paternidad y Filiación*. T. II. V. II. 2ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1971, pp. 6 y 7.

En cuanto a la definición aportada por Antonio De Ibarrola, desde mi punto de vista la misma se encuentra desfasada, al concebir a la paternidad como un hecho de difícil comprobación, pues en la actualidad con el avance de la medicina genética, el conocimiento de la verdad biológica en cualquier vínculo filial controvertido, puede obtenerse con resultados casi conclusivos.

En otro orden de ideas, destaco la posición del sector de la doctrina representado por Julio López del Carril, Felipe Clemente de Diego, Antonio Ocaña Rodríguez, María Josefa Méndez Costa, Francesco Messineo, Daniel Hugo D' Antonio, quienes definen a la filiación como un hecho esencialmente biológico que no es regulado por el Derecho, pues este sólo regula los efectos y las consecuencias derivadas de esta institución. El punto de vista sostenido por estos autores me parece incorrecto, pues si bien la institución materia del presente estudio es un hecho biológico, es claro que el mismo se encuentra regulado por el Derecho.

Así, Julio López del Carril considera a la filiación como:

“...la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. Importa, desde el ángulo biológico un hecho de la naturaleza, que por sí solo implica un emplazamiento natural en el carácter y condición de hijo y padre y madre, cuya posición posterior es regulada por el Derecho.” (²⁵)

Este autor, la define como un hecho fundamentalmente biológico, destacando en él dos momentos, la concepción y el nacimiento, dando como resultado la relación entre el padre, la madre y el hijo o hija, posición posteriormente regulada por el Derecho, en cuanto a sus efectos y consecuencias. No obstante, considero esta definición inadecuada, porque tanto la fecundación como la procreación son hechos biológicos regulados por el Derecho, tal como sucede en el caso de la fecundación asistida.

²⁵ Julio López del Carril, *op. cit.*, p. 416.

En este sentido, no se puede ignorar que por los adelantos en materia de técnicas de fecundación asistida, una mujer puede alumbrar un menor sin ser su madre, tratándose del supuesto de una mujer a quien se le haya implantado un embrión fecundado con el esperma y el óvulo de otras personas. En este caso, quien alumbró al descendiente es una madre gestante, es decir, aquella que solamente permitió el desarrollo del producto en su vientre, sin hacer ningún tipo de aporte genético.

Felipe Clemente de Diego considera que:

“Filiación es la relación entre generantes y generados; es la relación entre dos seres, de los cuales el uno emana del otro por generación. La obra de la generación está cubierta por un velo impenetrable; pero la sociedad tiene necesidad de conocer el propio padre y la propia madre de cada individuo para distinguir las familias, repartir derechos, aplicar deberes, transmitir propiedad, etcétera.” (²⁶)

Clemente de Diego también reconoce al vínculo biológico como esencial en la relación de filiación, pues su conocimiento traerá como consecuencia la generación de derechos y deberes jurídicos, sin embargo considera imposible el conocimiento de dicha verdad biológica, cuestión que hoy en día ya está superada por los adelantos de la medicina genética.

Antonio Ocaña Rodríguez señala:

“Constituye la filiación un hecho natural ya que está basada en la procreación, y un hecho jurídico puesto que produce consecuencias jurídicas.” (²⁷)

Este autor reconoce a la filiación como hecho natural por su origen, es decir, la procreación y como hecho jurídico, no porque el Derecho regule propiamente esta institución, sino las consecuencias jurídicas derivadas de la misma.

²⁶ Felipe Clemente de Diego. *op.cit.*, p. 342.

²⁷ Antonio Ocaña Rodríguez. *La Filiación en España. Jurisprudencia y Doctrina*, Ed. Comares. España, 1991. p. 21

Desde el punto de vista de María Josefa Méndez Costa

“la filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y lógicamente, a éstos con aquél.” (²⁸)

Méndez Costa define a la institución materia del presente estudio, como un estado de familia derivado del vínculo biológico con respecto al generado, es decir, como la posición del descendiente en relación con la familia y a partir de esa relación, concibe la actualización de derechos y deberes, con los cuales se conforma el vínculo jurídico. Esta visión al igual que la plasmada en las definiciones antes señaladas, es errónea, pues el Derecho regula el hecho biológico resultado de la fecundación, cuyo efecto natural es la procreación.

Para Francesco Messineo

“Filiación es la relación existente entre el nacido y el progenitor (o los progenitores), en virtud de la cual, el primero se dice hijo del segundo (o de los segundos), esto es, se atribuye el *status* de hijo y adquiere los derechos (además de ser objeto de los deberes) inherentes a tal estado. De la relación de filiación es simétrica la de paternidad o, respectivamente, de maternidad, en virtud de la cual, el sujeto adquiere el *status* de padre o madre del nacido.” (²⁹)

Para este autor, la filiación es la relación del descendiente con sus progenitores, resultado del hecho natural de la procreación, dando como resultado un *status*, mediante el que éste adquiere derechos y deberes inherentes al mismo. Además, en su concepto destaca otras dos relaciones: la paternidad y la maternidad, mediante las cuales el padre o la madre adquieren a su vez el *status* de padre o madre del descendiente.

²⁸ María Josefa Méndez Costa. *La Filiación*. Rubinzabal-Culzoni Editores. Argentina. 1986. p. 13.

²⁹ Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derechos de la Personalidad. Derechos de la Familia y Derechos Reales*, Tomo III, 8ª ed., Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1979. p.125.

Daniel Hugo D'Antonio señala que:

“La relación existente entre padres e hijos trasciende los límites del mero vínculo de parentesco. Entre ellos media una relación más profunda y compleja, derivada de la sangre y complementada por la convivencia y el afecto recíproco. Ello se traduce jurídicamente en la filiación, entendida por tanto como el lazo derivado de la sangre en su manifestación más próxima, que une a las personas en la relación paterno-filial con proyecciones jurídicas.” (³⁰)

El concepto aportado por D' Antonio me parece muy interesante, porque señala la trascendencia de ésta institución más allá del vínculo de parentesco, el cual no es el antecedente de la filiación, sino el resultado del vínculo biológico o sanguíneo. Además, de los autores consultados, únicamente él destaca el vínculo afectivo recíproco que debe mediar entre los progenitores y sus descendientes. A partir de estos aspectos, es que según dicho autor se da una relación con consecuencias jurídicas.

Las definiciones de filiación antes apuntadas son tradicionales en el Derecho e independientemente de las diversas opiniones manifestadas por sus autores, no se debe olvidar el carácter dinámico de la ciencia jurídica, la cual debe sujetarse a los cambios dictados por los adelantos científicos, especialmente en esta época en la que la genética y la gestación humana se han hecho separables.

La trascendencia de este aspecto, repercute en la modificación del concepto de filiación a la nueva realidad científica presentada en esta materia, particularmente en lo relativo a la inseminación artificial y a la fecundación extrauterina, cuestiones que serán abordadas en el apartado de las especies de filiación, dentro del tema de la filiación proveniente del uso de los métodos de reproducción asistida.

En otro orden de ideas y una vez que ya he analizado los distintos conceptos de filiación aportados por la doctrina, será necesario abordar lo relativo a la naturaleza jurídica y características de la filiación.

³⁰ Daniel Hugo D' Antonio. *Derecho de Menores*, 4ª ed., Ed. Astrea. Argentina. 1994, p. 178.

2.- Naturaleza Jurídica y Características de la Filiación.

A.- Hecho jurídico en estricto sentido y acto jurídico.

El hecho jurídico *lato sensu*

“Es toda conducta humana o ciertos fenómenos de la naturaleza, que el derecho considera para atribuirles consecuencias jurídicas.”⁽³¹⁾

Este, se clasifica a su vez en acto jurídico y hecho jurídico en estricto sentido.

“El acto jurídico es la conducta del ser humano en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los efectos deseados por el autor.”⁽³²⁾

“El hecho jurídico en estricto sentido es una manifestación de voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos.”⁽³³⁾

Así, la filiación matrimonial y la extramatrimonial son hechos jurídicos en estricto sentido, porque su origen es la procreación, es decir, un hecho fisiológico producto de la conducta humana, que independientemente de la voluntad de los progenitores, produce efectos jurídicos por disposición de la ley.

Sin embargo, la filiación adoptiva es un acto jurídico, en virtud, de que se trata de la manifestación de voluntad de una o más personas, con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son sancionadas por normas jurídicas, tanto en lo relativo a la manifestación de la voluntad, como en cuanto a los efectos deseados por el autor de dicho acto.

³¹ Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las Obligaciones*, 15ª ed., Ed. Porrúa, México. 2003, p. 169.

³² *Idem*.

³³ *Ibidem*, p.171

La adopción es una institución jurídica producto de la creación legislativa, en la que no existe el hecho natural de la generación, por lo cual debe haber una exteriorización de la voluntad, ya sea unilateral o bilateral, cuyo fin directo es generar con fundamento en la ley, una institución jurídica a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado filiacional, es decir, una situación jurídica general y permanente.

Por otra parte, la filiación proveniente del uso de los métodos de reproducción asistida, es decir, aquella que surge del acuerdo de voluntades entre quienes se someten a técnicas de reproducción asistida, también es un acto jurídico, pues es necesaria la manifestación de la voluntad y la intención de producir consecuencias de derecho, con fundamento en los artículos 162 y 293 del Código Civil para el Distrito Federal.

B.- Estado de derecho.

La filiación es un estado de derecho, porque es una situación jurídica permanente, que permite la aplicación reiterada de un estatuto legal específico, a ciertas situaciones concretas, en virtud de su continua renovación de manera constante y sucesiva en tanto exista.

La filiación como estado representa

“...una especial posición ante el orden jurídico integrada por un complejo de relaciones jurídicas entre procreantes y procreados; un entrecruce de derechos y obligaciones entre éstos y el resto del grupo familiar amplio, y, sobre todo, una configuración especialísima del individuo ante la sociedad y la Ley.” (³⁴)

³⁴ Federico Puig Peña, *op. cit.* p. 6.

C.- Estado civil.

La filiación es un estado civil, porque es un atributo de la personalidad de toda persona física, es decir, es una cualidad permanente que determina la posición jurídica de una persona en el grupo familiar y a través del mismo, en la comunidad. (³⁵)

Como estado civil, la filiación tiene las siguientes características:

a).- “Es una cualidad personalísima. Las facultades que las leyes confieren al propio sujeto por razón del estado civil, en relación con la determinación o la impugnación están fuera del comercio y del patrimonio: no son transmisibles, ni renunciables, pues su transmisión o renuncia iría contra el orden público.” (³⁶)

b).- “Es una cualidad que mediata o inmediatamente concreta el régimen de la capacidad y poder de la persona. La filiación es el elemento de conexión más importante para decidir la nacionalidad y vecindad civil de una persona, y por tanto, -mediatamente- para decidir la ley que rige la capacidad.” (³⁷)

c).- “Es un estado civil familiar, un status familiae. La filiación sea por naturaleza o por otro hecho, concreta la situación de cada persona (facultades, deberes, incompatibilidades, prohibiciones) en relación con los demás miembros de la propia familia. Como estado civil tiene efectos correlativos –no siempre del mismo alcance- con los demás miembros de la familia y, en primer lugar con los progenitores: la condición de hijo se corresponde con la de padre o madre, que también son estados civiles.” (³⁸)

D.- Institución jurídica.

Para Von Ihering, el Derecho y sus instituciones surgen por el impulso de la vida de la especie humana, pues las relaciones humanas determinan el espíritu, el carácter y la tendencia de estos. (³⁹) Así, las diversas relaciones humanas se traducen en reglas de derecho que tienen rasgos característicos de igual

³⁵ Cfr. Antonio Ocaña Rodríguez. *op. cit.*, p. 31

³⁶ Manuel Peña Bernaldo de Quiros. *op. cit.*, p. 403.

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Ibidem*, p. 404

³⁹ Cfr. Rodolfo Von Ihering. Trad. por Enrique Principe Satorres, *El Espíritu del Derecho Romano*, T. II, Ed. D. Carlos Bailly-Baillière, España, 1891, pp. 38 y 58.

naturaleza y finalidad y que se amalgaman en unidades sistemáticas o instituciones jurídicas, que representan el esqueleto y el corazón del Derecho. ⁽⁴⁰⁾

Por ello, la filiación es una institución jurídica, pues se regula en una unidad sistemática de reglas de derecho que tienen la misma naturaleza y finalidad, es decir, crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas, cuyo origen se encuentra en el impulso de la vida humana.

E.- Fuente de relaciones jurídicas.

La filiación es fuente de importantes relaciones jurídicas, como la patria potestad, el parentesco, los alimentos, la sucesión hereditaria y la nacionalidad.

II. Especies de Filiación.

La filiación se ha clasificado tradicionalmente de tres maneras: por matrimonio, fuera de matrimonio, o surgida por la adopción. Dichas filiaciones, se llamarán respectivamente: matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.

Sin embargo, en el presente trabajo de investigación explicaré las especies de filiación, dividiéndolas en dos rubros: biológica y legal. La primera clasificación la subdividido en matrimonial y extramatrimonial. Asimismo, en la segunda analizaré tres aspectos: la adoptiva, la proveniente del uso de los métodos de reproducción asistida (con el objeto de hacer referencia al vínculo generado entre progenitores y descendientes concebidos a través del uso de técnicas de fecundación asistida) y la filiación en el supuesto de la clonación humana. ⁽⁴¹⁾

⁴⁰ Cfr. Rodolfo Von Ihering, *El Espíritu ... op.cit.*, T. II, pp. 49, 50, 51, 59 y 60.

⁴¹ La incorporación del análisis de la filiación en el supuesto de la clonación humana, atiene a la sugerencia del Dr. Ernesto Gutiérrez y González el día 29 de marzo del 2004, fecha en que la suscrita autora de la presente investigación realizó el examen de candidatura al doctorado, en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Independientemente, de la forma como se estudien los distintos tipos de filiación y de la manera como se constituyan, cabe destacar que una vez establecido el vínculo entre progenitor y descendiente, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos.

A lo largo de la historia, desde Roma hasta las reformas del 25 de mayo del año 2000 al Código Civil para el Distrito Federal, se han hecho diferencias entre los descendientes por razón de su origen, excepto en el Código Civil de Tlaxcala de 1976 en el que se suprimió toda diferencia. El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 338 Bis dispone:

“La Ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.”

Sin embargo, ese precepto se refiere a la igualdad de los derechos derivados de la filiación y no a la igualdad de los descendientes ante la ley, pues los artículos 58, 63 y 65 de este mismo Ordenamiento jurídico, clasifican implícitamente a los descendientes de progenitores desconocidos, los de matrimonio y los expósitos respectivamente.

1.- Filiación Biológica.

La filiación biológica encuentra su origen en un hecho de la naturaleza resultado de la fecundación, cuyo efecto natural es la procreación, es decir, proviene por regla general de la unión sexual entre un hombre y una mujer, la cual puede presentarse dentro del matrimonio, denominándosele filiación matrimonial; o fuera del vínculo conyugal o durante el concubinato, designándose a ésta con el nombre de filiación extramatrimonial.

A.- Filiación Matrimonial.

La filiación matrimonial

“Es la que tiene su origen en el matrimonio, es decir, la que corresponde a los hijos de personas unidas entre sí por el vínculo matrimonial.”⁽⁴²⁾

De acuerdo a esta definición, la filiación matrimonial requiere la existencia de los siguientes elementos:

a).- El matrimonio válido o putativo de los progenitores.

El matrimonio válido es aquél que no puede ser anulable, es decir, el vínculo conyugal en el cual no concurren las causas de nulidad establecidas en el artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal. Esto significa, la ausencia de error acerca de la persona con quien se contrajo; que el mismo se haya celebrado por los contrayentes ante el Oficial (Juez) del Registro Civil, cumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del Código Civil para el Distrito Federal y sin la mediación de impedimentos dirimentes no dispensables, señalados en el artículo 156 del mismo Ordenamiento jurídico.

En primer lugar, se tiene que tener absoluta certeza de la identidad de la persona con quien se pretende contraer el matrimonio, pues el error acerca de la misma lo anula.

Asimismo, el matrimonio se deberá celebrar ante el Oficial (Juez) del Registro Civil, en virtud de que este es el funcionario competente para autorizar los actos del estado civil y extender el acta relativa al matrimonio, con fundamento en el

⁴²Augusto César Belluscio. *Manual de Derecho de Familia*, T. II, 3ª ed., Ediciones Ed. Depalma. Argentina. 1983, p. 195.

artículo 35 del Código Civil para el Distrito Federal. Por ello, para la celebración de dicho acto, los contrayentes deberán cumplir los siguientes requisitos:

a).- De acuerdo con el artículo 97 del Código Civil para el Distrito Federal, deberán presentar un escrito dirigido al Oficial del Registro Civil de su elección, en el que se contengan:

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los pretendientes, nombre y apellidos de sus padres.

II. Que no tienen impedimento legal para casarse, y

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Este escrito deberá ser firmado por los solicitantes, y asimismo contener su huella digital.”

b).- Al escrito que presenten los contrayentes, según lo dispuesto en el artículo 97 del Código Civil para el Distrito Federal, se deberán anexar los siguientes documentos, de conformidad con el artículo 98 de ese mismo Ordenamiento jurídico:

I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;

II. La constancia de que otorguen su consentimiento las personas a que se refiere el artículo 148 de este Código, para que el matrimonio se celebre.

III. Un documento público de identificación de cada pretendiente o algún otro medio que acredite su identidad de conformidad con lo que establezca el Reglamento del Registro Civil.

IV. Derogado.

V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio se tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el Juez del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado.

Si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública, se acompañará un testimonio de esa escritura.

- VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y
- VII. Copia de la dispensa de los impedimentos, si los hubo."

c).- Una vez presentados el escrito y los documentos a que se refieren los artículos 97 y 98 del Código Civil para el Distrito Federal, el Oficial del Registro Civil de acuerdo con el artículo 100 de la Ley sustantiva civil:

"...hará que los pretendientes y los ascendientes o tutores que deben prestar su consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas."

d).- La celebración del matrimonio de acuerdo con el artículo 102 del Código Civil para el Distrito Federal, se llevará a cabo de la siguiente forma:

"En el lugar, día y hora designados para la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial constituido en la forma prevenida en el artículo 44.

Acto continuo, el Juez del Registro Civil leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, les hará saber los derechos y obligaciones que contraen con el matrimonio, para posteriormente preguntar a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio, y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad."

e).- Una vez celebrado el matrimonio, se levantará el acta respectiva, en la que se hará constar con fundamento en el artículo 103 del Código Civil para el Distrito Federal, los siguientes datos:

- I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes;
- II. Si son mayores o menores de edad;
- III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres;
- IV. En su caso, el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, la tutela o las autoridades que deban suplirlo;
- V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó;
- VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la ley y la sociedad;
- VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes;
- VIII. Derogado.

IX. Que se cumplieron las formalidades exigidas por el artículo anterior.
El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes y las demás personas que hubieren intervenido si supieren y pudieren hacerlo."

Además del cumplimiento de los requisitos anteriores, ante el Oficial del Registro Civil, el matrimonio también se debe celebrar sin la mediación de impedimentos dirimientes no dispensables. Esto significa que los contrayentes

"...deben tener plena capacidad y aptitud jurídica para celebrarlo entre sí en forma lícita, lo cual significa que no ha de existir impedimento matrimonial que afecte a alguno de los miembros de la pareja... o a ambos y cuya contravención pudiera ser suficiente para declarar la nulidad de su matrimonio, para el supuesto de que lo celebraran entre sí, a pesar del obstáculo legal. Lo anterior significa que, en el supuesto de que el hombre y la mujer tuvieran impedimentos para contraer matrimonio entre sí, éste debe ser susceptible de dispensa..." (⁴³)

Por impedimento dirimente, se debe entender la

"...situación personal (transitoria o, con más frecuencia, permanente), aun de uno solo de los que están por casarse, la cual es obstáculo para el matrimonio; y en vista de la que, el mismo no puede y por consiguiente, no debería unirse en matrimonio (o unirse en matrimonio con una determinada persona). En efecto, la ley civil concibe los impedimentos dirimientes como razón justificativa de otras tantas prohibiciones de matrimonio." (⁴⁴)

"Los impedimentos dirimientes dependen o de verdaderas incapacidades, o de incompatibilidades, o de indignidades y similares, preexistentes al matrimonio." "Si el matrimonio tiene lugar no obstante la presencia de determinado impedimento, el mismo es impugnabile, o sea que puede ser anulado." (⁴⁵)

El artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que son impedimentos para celebrar el matrimonio:

- I. La falta de edad requerida por la Ley;
- II. La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;

⁴³ Flavio Galván Rivera, *El Concubinato en el Vigente Derecho Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 125.

⁴⁴ Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 43.

- III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;
- VIII. La impotencia incurable para la cópula;
- IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
- X. Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
- XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
- XII. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D."

De conformidad con este mismo precepto, son dispensables en algunos casos los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX:

- La fracción III referente al parentesco de consanguinidad, sólo es dispensable en el caso de línea colateral desigual, es decir, en el supuesto de matrimonio de tíos y sobrinos dentro del tercer grado.

- La fracción VIII relativa a la impotencia incurable para la cópula, es dispensable, cuando ésta es conocida y aceptada por el otro contrayente.

- La fracción IX relativa al padecimiento de una enfermedad crónica e incurable, además de contagiosa o hereditaria, es dispensable, cuando se acredite fehacientemente que ambos contrayentes manifestaron su consentimiento para contraer matrimonio, después de haber obtenido por parte de alguna institución o de algún médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad motivo del impedimento.

Para la actualización de este último supuesto son necesarios tres requisitos:

- 1.- Los contrayentes deben tener conocimiento de que alguno de ellos o ambos, padecen una enfermedad crónica e incurable, además de contagiosa o hereditaria.
- 2.- Ambos contrayentes deben haber manifestado su consentimiento para contraer matrimonio, con la subsistencia de esas circunstancias.
- 3.- Esa manifestación de la voluntad de los contrayentes para unirse en matrimonio, debe ser posterior al conocimiento de ambos, sobre los alcances, efectos y prevención de la enfermedad (información que les será proporcionada por alguna institución o médico especialista).

Respecto de estos requisitos, considero la dificultad de su acreditación, sobretodo porque mediante el decreto de reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicado el 13 de enero del 2004 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, se derogó la fracción IV del artículo 98, en la que se exigía acompañar al escrito dirigido por los pretendientes al Juez del Registro Civil, para contraer matrimonio:

“IV. Un certificado suscrito por médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria.”

Entonces, si el legislador no considera necesario acreditar con el certificado médico correspondiente, que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica incurable, además de contagiosa o hereditaria, al momento de contraer matrimonio, como se puede comprobar el consentimiento fehaciente de ambos para la celebración de dicho vínculo, subsistiendo tal circunstancia.

Evidentemente, la falta de exigencia de este certificado médico dentro de los documentos necesarios para iniciar el trámite del matrimonio civil, es un gran error, no sólo porque el mismo tiene por objeto corroborar la inexistencia de un

impedimento para la celebración de la unión conyugal, de acuerdo con el artículo 156 fracción IX de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, sino también porque si se actualiza ese impedimento una vez celebrado el matrimonio, será una causa de nulidad del mismo, conforme al artículo 235 fracción II de dicho Ordenamiento jurídico.

Por otra parte, cabe destacar que además de los impedimentos establecidos en el artículo 156 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, los artículos 157 y 159 del mismo cuerpo normativo, determinan otros impedimentos para contraer matrimonio.

En este sentido, el artículo 157 señala:

“Bajo el régimen de adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.”

Esta prohibición, se encuentra relacionada con lo establecido por el artículo 410-Å del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se dispone:

“El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos del matrimonio”.

De igual forma, el artículo 159 establece:

“El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.”

La prohibición del artículo anterior deriva de que la tutela es una institución, cuyo objeto es la guarda de la persona y de los bienes de quienes no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural o legal o ambas. Por este motivo y por el deber jurídico del tutor respecto a la rendición de cuentas, éste se encuentra impedido para casarse con el incapacitado, hasta en tanto no se aprueben las cuentas, pues la intención del matrimonio podría traer la finalidad de eludir ese deber.

Lo mismo sucede en el caso del curador, pues este tiene como misión vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado dentro o fuera de juicio, en el supuesto de que sus intereses estén en oposición con los del tutor. Asimismo, la prohibición se extiende a los descendientes de ambos, con el objeto de evitar que se vicien las finalidades y los deberes de ambas instituciones.

Por otra parte, cabe destacar que las causas de nulidad de un matrimonio no invalidan de manera inmediata dicha institución, pues con fundamento en el artículo 253 del Código Civil para el Distrito Federal, el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido, por lo cual sólo se considerará nulo, cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria y con base en el artículo 2226 del propio Código que determina los efectos de la nulidad absoluta, o del artículo 2227 si se estimara que es nulidad relativa.

b).- El matrimonio putativo.

Una vez referidos los requisitos e impedimentos para contraer matrimonio, así como las causas de nulidad matrimonial, es preciso abordar lo relativo a los matrimonios putativos, los cuales deben su denominación al Derecho Canónico, que los califica como aquellas uniones conyugales aparentes, las cuales en principio se consideran por la sociedad válidas hasta demostrarse que son

aparentes, por este motivo se les otorgan ciertos efectos favorables, tanto a los que la sociedad supone cónyuges, como para la prole nacida de ellos. (⁴⁶)

Un matrimonio es putativo, cuando los que creen celebrarlo sólo dan lugar a que la sociedad tenga la apariencia de que están casados. No obstante, la buena fe no sólo implica la ignorancia del motivo de anulabilidad, sino también la voluntad, la honestidad y la rectitud de los contrayentes o de uno solo de ellos para contraer el matrimonio. (⁴⁷)

De este modo, si el matrimonio fue contraído de buena fe por ambos contrayentes y es declarado nulo, se considera putativo y de acuerdo con el artículo 255 del Código Civil para el Distrito Federal,

“...produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo, en favor de sus hijos.”

Igualmente es putativo, sí fue contraído de buena fe sólo por uno de los contrayentes, en cuyo caso y de conformidad con el artículo 256 del mismo Ordenamiento jurídico,

“...produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos.”

Pero también puede darse el caso de que el matrimonio haya sido contraído de mala fe por parte de ambos consortes, en este supuesto, el matrimonio es simplemente nulo y con fundamento en el segundo párrafo del artículo 256 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, dicha unión conyugal solamente produce efectos civiles respecto de los descendientes.

⁴⁶ Cfr. Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 81; Canón 1061 del *Código de Derecho Canónico*, pp. 549 y 550.

⁴⁷ Cfr. Francesco Messineo, *op. cit.*, p. 82.

Finalmente, con relación a los matrimonios que siendo ilícitos no son nulos. Estos no se encuentran determinados por la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, por lo cual es necesaria la remisión al Código Civil Federal, en cuyo artículo 264 se establece a la letra:

“Es ilícito, pero no nulo, el matrimonio:

- I. Cuando se ha contraído estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa;
- II. Cuando no se ha otorgado la previa dispensa que requiere el artículo 159, y cuando se celebre sin que hayan transcurrido los términos fijados en los artículos 158 y 289.”

El precepto anterior remite expresamente a tres artículos del Código Civil Federal, a este respecto importa señalar que el artículo 159 de dicho Ordenamiento, es exactamente igual al artículo 159 del Código Civil para el Distrito Federal, en ambos se establece la prohibición de los tutores para contraer matrimonio con quienes han estado o están bajo su guarda, a no ser que obtengan dispensa. Dicha prohibición, se extiende también para los curadores y para los descendientes de estos y de los tutores. (⁴⁸)

Por su parte, el artículo 158 del Código Civil Federal se refiere a la prohibición de la mujer para contraer un nuevo matrimonio, sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un descendiente. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse este tiempo desde la interrupción de la cohabitación. Este precepto se encuentra derogado en el Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto al artículo 289 del Código Civil Federal, dicho precepto establece que en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer un nuevo matrimonio. Sin embargo, en el supuesto del cónyuge causante del

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 160 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal. en el caso del matrimonio celebrado en contravención del artículo 159 de ambas leyes sustantivas civiles, el juez deberá nombrar inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa.

divorcio, éste no podrá volver a casarse, sino después de dos años contados a partir de que se decretó el divorcio y en el caso de los divorcios por mutuo consentimiento, los cónyuges podrán volverse a casar, después de un año de haber obtenido el divorcio. Los términos establecidos en este artículo, han sido suprimidos del artículo 289 del Código Civil del Distrito Federal, pues este precepto únicamente establece la capacidad de los cónyuges para contraer matrimonio, en virtud de su disolución conyugal.

c).- El nacimiento del descendiente durante el matrimonio.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

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

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio;

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 redacción del Código Civil Federal respecto de las presunciones matrimoniales, es diferente a la establecida en la Ley sustantiva civil del Distrito Federal. En el primer Ordenamiento, la presunción de la fracción I del artículo 324 establece que se presumen descendientes de los cónyuges:

“Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio”.

Dicha disposición, todavía subsiste en la mayoría de los Códigos Civiles de nuestro país y supone la concepción de los descendientes durante el matrimonio de sus progenitores, por lo cual el hecho de la concepción es todavía decisivo según estos Ordenamientos, para reputar la calidad de una persona como descendiente de matrimonio. (⁴⁹)

⁴⁹ Cfr. Jean Carbonnier, *op. cit.*, p. 253.

Tradicionalmente, el término de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, ha tenido por objeto fijar el término mínimo de la gestación en seis meses. De igual forma, el término fijado en la fracción segunda del artículo 324, tanto del Código Civil para el Distrito Federal como del Código Civil Federal, establece el máximo de la gestación en diez meses. Ambos términos, responden a los periodos de la gestación aceptados desde el Derecho Romano, siguiendo la doctrina de Hipócrates, misma que fue aceptada por las Partidas, por el Código Civil Francés y substancialmente por la generalidad de los Códigos modernos.⁽⁵⁰⁾

Sin embargo, en la actualidad el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo exige el nacimiento del descendiente durante el matrimonio de sus progenitores, por lo cual una mujer puede estar embarazada antes de casarse y una vez casada, se presume que el marido es el padre de su descendiente. En este sentido, la concepción no juega ningún papel decisivo, pues no importa si el mismo fue concebido antes o durante el matrimonio, simplemente se requiere su nacimiento dentro del matrimonio.

En mi opinión esta reforma es inadecuada, porque aun cuando hoy en día es posible demostrar con un mínimo de error la paternidad de forma directa, a través de los adelantos de la medicina genética, no se debe perder de vista que el papel decisivo de la concepción y la subsistencia de los periodos mínimos y máximos de gestación, en las presunciones tradicionalmente establecidas para determinar la filiación matrimonial, contribuyen en principio a evitar imputaciones falsas de paternidad, pues la mujer antes del matrimonio no tiene el deber de fidelidad y no basta demostrar la existencia de relaciones sexuales con el marido antes del matrimonio, sino también que éste haya sido el único con quien las tuvo, lo cual no se puede asegurar.

⁵⁰ Cfr. Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 8.

Asimismo, considero que lo establecido en la fracción I del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, es contradictorio con el supuesto hipotético contenido en la fracción II del mismo precepto jurídico, pues en este último se presumen descendientes de matrimonio, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución matrimonial, ya sea, por nulidad, por muerte del marido (⁵¹) o divorcio, siempre y cuando la excónyuge no haya contraído un nuevo matrimonio. En esta presunción, sí se contempla el periodo máximo de la gestación en diez meses, tiempo en que puede nacer un descendiente concebido mientras los ex cónyuges estaban casados, con lo cual es decisiva la concepción del mismo durante el matrimonio.

En virtud de lo anterior, me parece que el legislador del Código Civil para el Distrito Federal, cometió un grave error reformando el contenido de la fracción I del artículo 324, al no señalar el período mínimo de la gestación, ni conceder un papel relevante a la concepción del descendiente durante el matrimonio y sin embargo, establecer todo lo contrario en la fracción II del mismo artículo, en la cual sí se contempla el periodo máximo de la gestación y se considera decisiva la concepción durante el vínculo matrimonial. Esto, además de constituir una contradicción, contribuye como ya dije a imputaciones falsas de paternidad, pues la mujer soltera no tiene como la casada el deber de fidelidad.

Aun cuando las presunciones de filiación de los descendientes de matrimonio, restringen en alguna medida las imputaciones falsas de paternidad, éstas tampoco constituyen una garantía absoluta, pues sólo se fundan en la fe y la confianza de los cónyuges, por lo cual admiten prueba en contrario. De este modo, el padre puede no reconocer a un descendiente como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que según la ley debe tener lugar la concepción del mismo, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer.

⁵¹El hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, se considera hijo póstumo de éste. *Cfr.* Ambrosio Colín y H. Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T: I, 2ª ed., Ed. Reus, España, 1922, p. 518

Se trata entonces de presunciones *iuris tantum*, aunque con características particulares, pues si bien se admite la prueba en contrario, esa prueba sólo puede resultar en los casos y en las condiciones en las que la ley la hace viable, por medio del ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad, a la cual me referiré en el capítulo segundo de la presente investigación.

En otro orden de ideas, considero que la redacción de la fracción primera del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, está íntimamente relacionada con la derogación del Capítulo III del Título Sexto del Libro Primero de dicho Ordenamiento legal, el cual se denominaba "De la Legitimación", en virtud de que con anterioridad a esa reforma, el hecho de la concepción era determinante para presumir los descendientes de matrimonio, quienes debían haber sido concebidos dentro del matrimonio de sus progenitores y su nacimiento debía haber tenido verificativo como mínimo después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del mismo.

Todavía en el Código Civil Federal, ⁽⁵²⁾ los descendientes concebidos antes del matrimonio válido o putativo de sus progenitores, son calificados como legitimados, en virtud del subsiguiente matrimonio de estos. En realidad, el *status* entre unos y otros, es decir, el de los concebidos durante el matrimonio y el de los concebidos con anterioridad al mismo es igual, pero se diferencian en cuanto al momento en que quedan sometidos a ese *status*, pues para los primeros es el de la concepción misma y para los legitimados el del matrimonio de sus progenitores. ^(53)

⁵² Respecto a la retroactividad del Código Civil Federal, cabe decir que los descendientes concebidos y los nacidos antes del matrimonio de sus progenitores son legitimados de acuerdo con los artículos 354 y 359 de esa Ley sustantiva civil, si nacieron antes de la reforma del 25 de mayo del 2000 al Código Civil para el Distrito Federal.

⁵³ Cfr. Augusto César Belluscio, *op. cit.*, p. 196.

Según tales aspectos, es legitimado el descendiente concebido antes del matrimonio y nacido después de su celebración, teniendo tal calidad por el vínculo conyugal de sus progenitores, ⁽⁵⁴⁾ cuestión a la que erróneamente el Código Civil para el Distrito Federal, no concede ninguna importancia, pues el artículo 324 fracción I de dicho Ordenamiento, presume simplemente descendientes de matrimonio los nacidos dentro del mismo, sin tomar en consideración la posible actualización de casos en los cuales, la madre se encuentra embarazada de un individuo distinto a la persona con quien contrajo matrimonio.

Aparentemente, la subsistencia de la institución de la legitimación en el Código Civil Federal es absurda, porque pudiera parecer que no hay necesidad de distinguir a los descendientes con la calidad supuestamente discriminatoria de legitimados, atendiendo a la época de su concepción, la cual podría no tener mayor importancia, si se celebra el matrimonio de los progenitores y el descendiente es fruto de ellos, pero como se puede asegurar con toda certeza la concepción del mismo por el marido de la madre, sólo porque ambos se hayan casado.

Aunque parezca anticuado, la institución de la legitimación no es obsoleta, incluso da mayor certeza tanto a los progenitores como al descendiente, pues no por razón del matrimonio, este último es automáticamente descendiente de ambos, sino que es necesario que no pueda ser considerado como descendiente de otro, ⁽⁵⁵⁾ para lo cual se requiere con fundamento en los artículos 355 y 359 del Código Civil Federal, el reconocimiento expreso del descendiente ya nacido o del que nacerá, por parte de ambos progenitores, de manera conjunta o separada, antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él.

⁵⁴ Cfr. Augusto César Belluscio, *op. cit.*, p. 196.

⁵⁵ Cfr. Heinrich Lehmann, Trad. por José María Mavas. *Derecho de Familia*, Vol. IV. Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1953, p. 343.

La importancia de la legitimación radica en las consecuencias de derecho que se pueden generar, ante la presencia de casos especiales, como por ejemplo: Si un individuo muere en un accidente automovilístico cuando se dispone a comenzar el viaje de bodas con su contrayente, sin haber tenido relaciones sexuales prematrimoniales con ésta y desconociendo el embarazo de la misma, lógicamente no es el padre del descendiente que ella espera, sin embargo éste último podría concurrir a la sucesión del supuesto padre, alegando la madre su nacimiento durante el matrimonio, conforme al beneficio de la presunción establecida en la fracción I del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

En este supuesto, ¿quién podría desconocer la paternidad, si el presunto padre está imposibilitado para hacerlo y sus herederos legítimos carecen de medios probatorios para impugnar la paternidad?, más aun cuando la madre argumentaría que contrajo matrimonio por encontrarse encinta de su marido, quien sabía perfectamente de su embarazo.

Aunque pudiera parecer exagerado y lejano a la realidad este tipo de casos pueden ocurrir y traerían consecuencias jurídicas injustas para los legítimos herederos del decujus, pues el supuesto descendiente concurriría con ellos en la sucesión reduciendo sus derechos hereditarios, por el sólo hecho de haber nacido durante el matrimonio de quienes la ley presume son sus progenitores.

De este modo, la tendencia de considerar obsoleta, anticuada y carente de utilidad práctica la institución jurídica de la legitimación, me parece inadecuada por dos motivos, primero, porque es falso que resulta discriminatoria para los descendientes, pues a través de la misma se generan iguales derechos y deberes entre progenitores y descendientes, simplemente se diferencia el momento en el cual quedan sometidos a los mismos, así para los concebidos durante el matrimonio de sus progenitores, dicho momento es el de la concepción, mientras para los legitimados es el del matrimonio de estos.

Y en segundo lugar, porque la misma simplemente otorga mayor certeza de la filiación, tanto para los progenitores como para los descendientes, contribuyendo a evitar imputaciones falsas de paternidad, en razón del papel decisivo del momento de la concepción de estos, lo cual es muy importante por las consecuencias jurídicas que se generan.

d).- El haber sido engendrado por su padre, es decir, por el marido de su madre.

Este presupuesto consiste en demostrar la filiación paterna, es decir, que el descendiente es producto de la fecundación del marido a la madre. De aquí, la presunción "*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*", máxima romana conocida a través de Paulo, cuyo significado es "padre es el que demuestran las justas nupcias", así el descendiente concebido durante el matrimonio se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien consiguientemente recae la presunción de paternidad. (⁵⁶) Dicha presunción, está fundada sobre el sentimiento de afección, deber de fidelidad y cohabitación existente en el matrimonio. (⁵⁷)

"La Teoría fundada en la cohabitación y fidelidad matrimoniales: justifica la presunción de paternidad como consecuencia de las relaciones exclusivas y excluyentes entre los cónyuges, y la explica por la comunidad de vida que el matrimonio supone y los deberes morales y jurídicos que lleva consigo, lo que permite presumir que los cónyuges consumaron el matrimonio y continuaron cohabitando, cumpliendo tales funciones, y que la esposa ha guardado fielmente la fe jurada; de lo cual se deduce la paternidad del marido." (⁵⁸)

Claro está, que la certeza de paternidad no es absoluta, porque admite prueba en contrario, sin embargo tiene su base en el hecho de que durante el matrimonio, los cónyuges tienen deberes y derechos recíprocos, entre ellos la fidelidad entendida

⁵⁶ Cfr. Augusto César Belluscio, *op. cit.*, pp. 198 y 199.

⁵⁷ Cfr. Felipe Clemente de Diego, *op. cit.*, p. 347.

⁵⁸ María Josefa Méndez Costa *et al.*, *Derecho de Familia*, T. II. Rubinzal-Culzoni editores, Argentina, 1984, p. 16.

como una fe conyugal y que se ha convertido en un deber moral y consuetudinario.

e).- El haber sido concebido por su madre.

“La maternidad supone dos elementos: en primer lugar, que la mujer haya parido, haya dado a luz un hijo; y segundo, que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto (identidad del parto). Por ello, para probar la maternidad, tendrán que probarse ambos supuestos. Y para impugnar la maternidad bastará con destruir uno de ellos.” (⁵⁹)

Pero además de la maternidad, se requiere que la madre esté unida por vínculo conyugal con el padre, pues el matrimonio descansa como ya se dijo, desde los más viejos tiempos

“...en la frase *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* presunción que se basa en el hecho del contacto físico que siempre hay que presumir en el matrimonio y en la inexistencia de la infidelidad.” (⁶⁰)

f).- Que el descendiente haya nacido de aquél padre y de aquella madre.

Este presupuesto se refiere a la identidad del descendiente, es decir, que el mismo sea el producto de la relación sexual entre quienes se consideran sus progenitores, pues

“La sustitución de un niño por otro no es dable concebirla excepto en rarísimos supuestos...Si acaso se produjera esta situación, envolvería el hecho una figura delictiva; luego hay que presumir que el hijo que se presenta como tal es propio, es el que nació del claustro materno.” (⁶¹)

Los cinco presupuestos analizados con anterioridad, constituyen la base de la filiación matrimonial, respecto de la misma interesa resaltar que históricamente ésta ha sido la filiación socialmente aceptada, por la influencia de la tradición

⁵⁹ René Ramos Pazos, *op. cit.*, p. 293.

⁶⁰ Federico Puig Peña, *op. cit.* p. 25.

⁶¹ *Idem.*

judeo cristiana y de la moral cristiana, la cual considera a la unión conyugal como fuente única de la familia, pues en su creencia sólo bajo el amparo del matrimonio

“...se satisfacen plenamente las exigencias que suscita la formación de los hombres en su aspecto físico, intelectual y ético. Sólo la familia legítima puede constituir con perfección la escuela de las virtudes, del honor, del respeto hacia los demás; en ella se forman los ciudadanos pacíficos y laboriosos y adquiere el hombre el bagaje necesario para poder marchar por sí sólo, en adelante, por el recto camino que trazan las leyes de la convivencia social.” (⁶²)

Precisamente, por esta influencia cristiana la misma doctrina jurídica ha calificado tradicionalmente a este tipo de filiación como legítima, lo cual es absurdo, desfasado y contrario a la tendencia de la mayor parte de las legislaciones en el mundo, pues todas ellas están basadas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en los que se evita distinguir a los descendientes por razón de su origen.

La filiación matrimonial es una institución que da certeza de la filiación tanto al descendiente como a los propios progenitores. Históricamente, la maternidad se ha considerado un hecho susceptible de prueba directa, pues es la madre quien da a luz a un menor. Sin embargo, tradicionalmente la paternidad se ha reputado como un hecho imposible de probar de forma directa, porque en principio sólo puede presumirse. (⁶³) Esta afirmación hoy en día está superada, debido a que a través de los avances de la medicina genética, es posible probar con un mínimo de error la filiación paterna.

⁶² Federico Puig Peña, *op. cit.* p. 21. *Cfr.* Heinrich Lehmann, *op. cit.*, p. 364 y Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia* T. I, 3ª ed., Publicación de los Talleres Tipográficos Cuesta, España, 1926, p.433.

⁶³ *Cfr.* Roberto Ruggiero, Trad por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro, *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Vol. II Instituto Editorial Reus, España, 1978, p. 197; Heinrich Lehmann, *op. cit.*, p. 288; Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *op. cit.*, p.560; Jean Carbonnier, *op. cit.*, p. 256; Antonio Cicu, *op. cit.*, p. 22.

B.- Filiación Extramatrimonial.

Tradicionalmente, la filiación extramatrimonial se ha definido como

"...aquella que tiene lugar por el hecho de la generación fuera de las justas nupcias."
 (⁶⁴) Esto significa que "La filiación natural es la antítesis de la legítima, de los requisitos fundamentales de esta: matrimonio y generación; falta en aquella el primero, ya que el hijo nace de personas no unidas entre sí por vínculo conyugal."
 (⁶⁵)

Este tipo de filiación se consideró en dos formas: a).- Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias, si los progenitores del descendiente pudieron legalmente celebrar matrimonio por no existir ningún impedimento; y b).- Una relación ilícita, si los progenitores estaban legalmente impedidos para celebrarlo por virtud del parentesco, la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, u otra causa igualmente grave. (⁶⁶)

En virtud de estas dos consideraciones, la filiación extramatrimonial ha sido objeto desde la antigüedad de una serie de discriminaciones y de clasificaciones injustas, que califican a los descendientes según su origen.

No obstante, desde principios del siglo XX cuando se experimentó una profunda evolución en el mundo, después de la primera guerra mundial, trastocándose muchos valores hasta entonces inmutables, los programas políticos con banderas progresistas, incluyeron la revisión a fondo de la reglamentación jurídica de la filiación, al ser este uno de los aspectos más sensibles de injusticias. (⁶⁷)

⁶⁴ Federico Puig Peña, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁵ Roberto De Ruggiero, *op. cit.*, p. 207.

⁶⁶ *Cfr* José Castán Tubéñas, *op. cit.*, p. 16; Felipe Clemente de Diego, *op. cit.*, pp. 358 y 380.

⁶⁷ *Cfr* Manuel de la Cámara Álvarez, *Reflexiones Sobre la Filiación Illegítima en Derecho Español*. Ed. Tecnos. España, 1975. p. 13.

Así, en los años cuarenta y después de la segunda guerra mundial, el movimiento dirigido a la reivindicación de los derechos de los descendientes extramatrimoniales cobró mayor fuerza, considerándose hoy en día irreversible y coincidente en la imposibilidad de mantener el régimen de la filiación existente en el siglo XIX. Nadie se atreve en la actualidad, a defender abiertamente las legislaciones sobre filiación dictadas por la sociedad burguesa y clasista del pasado. (⁶⁸)

Es más, al respecto importa destacar algunas legislaciones como la Guatemalteca, que en su Constitución Política, en el artículo 50 dispone que todos los descendientes son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos, siendo punible toda discriminación. De igual forma, el Código de Familia de Bolivia señala en su artículo 176:

“Se suprime la antigua calificación de la filiación en legítima, natural e ilegítima, prohibiéndose su uso a los funcionarios y empleados públicos, así como a las personas particulares, en los actos oficiales y privados que les conciernen.”

De la misma manera, el Código de Familia de la República de Costa Rica, establece en su artículo tercero que:

“Se prohíbe toda calificación sobre la naturaleza de la filiación” y en su artículo cuarto determina: “En cuanto a los derechos y obligaciones entre padres e hijos, ninguna diferencia hay respecto de los habidos dentro de matrimonio o fuera de él.”

Por su parte, el Código de Familia de Cuba señala en su artículo 65:

“Todos los hijos son iguales y por ello disfrutan de iguales derechos y tienen los mismos deberes con respecto a sus padres, cualquiera que sea el estado civil de éstos.”

⁶⁸ Cfr. Manuel de la Cámara Álvarez, *op. cit.*, p. 14.

Asimismo, en la legislación Argentina la Ley 23.264 publicada el 23 de octubre de 1985, consagra la igualdad de todos los descendientes, regulando las relaciones entre estos y sus progenitores, sin discriminar la situación en que han sido engendrados, por lo cual la circunstancia de su nacimiento dentro o fuera de matrimonio es irrelevante para este Ordenamiento, al producir todas las filiaciones los mismos efectos jurídicos. (⁶⁹)

Lo anterior deja claro que en el contexto internacional, se ha suprimido la calificación de los descendientes en razón de su origen. Por ello, es oportuno aludir lo dispuesto en el artículo 338 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, al siguiente tenor:

“La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.”

Esta norma, se refiere a la igualdad de los derechos derivados de la filiación y no propiamente a la igualdad de las filiaciones, es decir, en ningún momento señala la igualdad de los descendientes ante la ley, misma que en la realidad no existe, tal como se puede corroborar con lo establecido en los artículos 58, 63 y 65 del Código Civil para el Distrito Federal, en los cuales se puede observar la clasificación implícita de los descendientes de progenitores desconocidos, los de matrimonio y los expósitos. A pesar de ello, cabe destacar que en dicho Ordenamiento se derogaron las disposiciones del Código Civil de 1928, relativas a los descendientes adulterinos e incestuosos.

Aunado a esto, también resulta obligada la referencia de dos legislaciones importantes en materia de protección de los menores, la primera en el ámbito federal es la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del año 2000. La segunda en el ámbito local es la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del

⁶⁹ ↪ Nora Lloveras, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Argentina, 1986, pp. 3 y 35.

Distrito Federal el 31 de enero del 2000, puesto que de ambas se desprende la prohibición de cualquier acto de calificación o discriminación de los descendientes por su origen.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece en sus artículos 3 párrafo segundo, incisos B y C, 16, 22 inciso D último párrafo, lo siguiente:

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

B) El de la no discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.

C) El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.”

Artículo 16. “Niñas, niños y adolescentes tienen reconocidos sus derechos y no deberá hacerse ningún tipo de discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma o lengua, religión; opinión política; origen étnico, nacional o social; posición económica; discapacidad física, circunstancias de nacimiento o cualquier otra condición no prevista en este artículo.”

Artículo 22, inciso D), último párrafo. “A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento.”

Por otra parte, la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, establece en su artículo 5, inciso A), fracción III:

Artículo 5. “De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

A) A la Vida, Integridad y Dignidad:

II. A la no discriminación, por lo que la observancia a sus derechos se hará sin distinción alguna, independientemente del fenotipo, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición de la niña y niño, de su madre, padre o tutores.”

A pesar de estos preceptos que prohíben cualquier discriminación en la persona de los menores, por razón de su origen y de la norma contenida en el artículo 338 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, en la cual se determina la igualdad de los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen y no propiamente la igualdad de las filiaciones, se puede destacar que la legislación mexicana en la actualidad todavía no es acorde a la tendencia mundial, cuyo objeto ha sido suprimir desde mediados del siglo pasado, todo tipo de clasificación de las personas por razón de su nacimiento.

A este respecto, resulta oportuno citar los instrumentos internacionales globales, europeos y americanos, en los cuales se prohíbe todo tipo de discriminación por razón de la filiación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III) de fecha 10 de diciembre de 1948, establece en sus artículos 1, 2, 7 y 25, lo siguiente:

Artículo 1. “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”

Artículo 2. “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

Artículo 7. “Todos son iguales ante la Ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra de toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

Artículo 25. Segundo párrafo. “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

La Declaración Universal de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959, establece en sus principios I y X:

Principio I. “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna, ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.”

Principio X. “El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole.”

La Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, dispone en su artículo 2:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación...”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, señala en sus artículos 24 primer párrafo y 26:

Artículo 24, primer párrafo. “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.”

Artículo 26. “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, establece en su artículo 10 tercer párrafo:

“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.”

Asimismo, dentro de los documentos internacionales regionales aplicados en los países integrantes de la Comunidad Europea, particularmente en la Carta Social Europea de 18 de Octubre de 1961 y en la recomendación emitida por el Consejo de Europa número 1071, relativa a la protección de la Infancia de 23 de marzo de 1988, se encuentran disposiciones que tienen por objeto la protección de los menores independientemente de su origen.

La Carta Social Europea de 18 de Octubre de 1961, establece entre sus objetivos en el principio 17:

“La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica.”

Por su parte, la recomendación del Consejo de Europa número 1071, relativa a la protección de la Infancia de fecha 23 de marzo de 1988, establece que en virtud del aumento del número de nacimientos extramatrimoniales, el Comité de Ministros invita a los gobiernos de los estados miembros, a favorecer la instauración de una política específica para la atención de los menores habidos dentro y fuera de matrimonio. (⁷⁰)

De igual forma, dentro de los instrumentos internacionales regionales del continente americano, la Convención Americana sobre Derechos del Hombre de 22 de noviembre de 1969, conocida también como Pacto de San José Costa Rica, establece en su artículo 17 quinto párrafo:

⁷⁰ Cfr. *Legislación Sobre Derechos del Niño*. Ed. Mc Graw Hill, España, 1998, p. 333.

“La Ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Los documentos internacionales citados son unánimes en la declaración de igualdad de derechos de todos los descendientes, independientemente de la situación de sus progenitores al momento de su concepción o nacimiento.

Lo dispuesto en estos Tratados no es sino resultado de un factor decisivo, la aceptación de la igualdad intrínseca de todos los seres humanos. Por ello, toda clasificación de los descendientes por su origen, está actualmente en desuso y es contraria a la ley y a los instrumentos internacionales referidos. En este entendido, analizaré la filiación extramatrimonial, aduciendo simplemente que se trata de una forma más de establecer el vínculo entre el descendiente y sus progenitores, quienes en el caso particular no se encuentran unidos por matrimonio.

Como este tipo de filiación obedece a los nacimientos habidos fuera de matrimonio, dichas procreaciones no tienen a su favor certeza de paternidad, pues la madre no tiene un marido legal a quien se le pueda atribuir el papel de padre. Esta, no tuvo como la mujer casada deberes de fidelidad y de exclusividad sexual, con respecto a un hombre cierto, aunque en este caso la excepción a la regla la constituyen los descendientes habidos de uniones concubinarias, cuya filiación al igual que la de los matrimoniales, está determinada mediante presunciones legales.

Al respecto, el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal determina:

“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

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

Como puede observarse, las presunciones contenidas en este artículo son básicamente iguales a las establecidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, relativas a los descendientes de matrimonio, por la pretendida equiparación legislativa de la institución matrimonial con el concubinato, lo cual es un error, pues si bien es cierto que el concubinato es un acto jurídico bilateral por el cual un hombre y una mujer capaces, libres de matrimonio, sin impedimentos dirimentes no dispensables, deciden hacer vida en común de manera permanente, con la finalidad de constituir una familia, también debe destacarse la distinta forma como se acreditan dichas instituciones.

El matrimonio se prueba automáticamente con el acta del Registro Civil respectiva, sin embargo, el concubinato no puede probarse de manera indubitable, pues la mayor parte de las veces los medios de prueba sólo son indirectos, entonces si la misma acreditación de su existencia puede ser objetada, de igual forma se presenta este problema, con las presunciones de filiación resultantes del mismo.

Así, no basta el establecimiento de términos, ya que primero se debe acreditar la existencia del concubinato, su inicio o en su caso su terminación y luego, el nacimiento de los descendientes durante el tiempo en el cual tuvo verificativo, o dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

En este sentido y sin el ánimo de distinguir a los descendientes por su origen, se puede decir que la filiación matrimonial no está en igual posición respecto de la extramatrimonial, excepto en el caso de la unión eclesiástica, pues para el derecho es importante la existencia de matrimonio entre los progenitores, porque esta institución incide decisivamente en la determinación de la misma, sobre todo en lo referente a la paternidad, la cual se produce automáticamente en virtud del acta del Registro Civil respectiva y de las presunciones legales contenidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

Tal cuestión, no ocurre cuando no consta matrimonio o cuando se actualiza el concubinato, cuya existencia, inicio y terminación deben probarse primeramente, para poder presumir el nacimiento de los descendientes durante el mismo, o dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina, de acuerdo con el artículo 383 de la Ley sustantiva antes señalada.

Por ello, las tres formas de establecer la filiación de los descendientes habidos fuera de matrimonio son: el reconocimiento voluntario, la imputación de paternidad a través del juicio de investigación respectivo y el concubinato (cuya existencia, inicio y en su caso terminación deben probarse).

“El reconocimiento de un hijo es el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hijo suyo.” (⁷¹)

A partir de esta definición y de su regulación en la legislación sustantiva civil del Distrito Federal, el reconocimiento tiene las siguientes características:

A.- Es un acto jurídico. Porque para su existencia se requiere la manifestación de voluntad de una persona, con la finalidad de establecer una relación jurídica y crear consecuencias de derecho.

B.- Es Unilateral. En virtud de que cada progenitor expresa de manera independiente su voluntad de reconocer al descendiente. Este carácter unilateral subsiste aunque el padre y la madre reconozcan conjuntamente a su descendiente, pues a pesar de que el documento público en el cual se emiten ambas declaraciones es único, en realidad se trata de dos reconocimientos, es decir, de dos actos unilaterales realizados de manera simultánea o separada. (⁷²)

⁷¹ María Josefa Méndez Costa, *La Filiación...op. cit.*, p.213; Cfr. Augusto César Belluscio, *op. cit.*, p. 215.

⁷² Cfr. María Susana Quicios Molina, *Determinación de la Filiación No Matrimonial por Reconocimiento*, Ed. Bosch, España, 1997, p. 35.

No obstante, de que el reconocimiento es unilateral y sólo produce efectos respecto de quien lo realiza, nuestra legislación de acuerdo con el artículo 379 del Código Civil para el Distrito Federal, favorece a la madre para dejar sin efecto el reconocimiento, si este fue emitido sin su autorización, en cuyo caso, lo relativo a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente.

Esta disposición implica necesariamente que el descendiente fue reconocido en primer lugar por la madre, quien al encontrarse en ejercicio de la patria potestad, puede oponerse y dejar sin efecto el reconocimiento hecho sin su voluntad. Sin embargo, además del derecho concedido por este artículo a la madre, también se reconoce el derecho del descendiente y del presunto padre, dejando abierta la posibilidad para que la cuestión relativa a la paternidad se resuelva en el juicio respectivo.

Asimismo, ese favoritismo hacia la madre tiene como excepción, el reconocimiento efectuado mediante testamento, en virtud del artículo 368 último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, en el cual se determina que en ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia para privar de ella al menor reconocido. Este supuesto, exige la minoría de edad del descendiente, porque si es mayor de edad sólo se requiere su conformidad.

Lo dispuesto en el precepto jurídico antes citado, es confirmado por el artículo 1313 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, al señalar:

“Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto...”

Por ello, si el reconocimiento es hecho por testamento y en el mismo se otorgan derechos pecuniarios al descendiente, no es válido para la madre contradecir ese reconocimiento y privar al descendiente de las ventajas de ser heredero o legatario.

C.- Es declarativo. En relación con la filiación biológica, pues el hecho natural de la filiación existe desde el nacimiento. Sin embargo, es un elemento necesario (aunque no exclusivo ni único) para que la filiación biológica quede determinada legalmente. (⁷³) En este sentido,

"...La declaración de la voluntad del progenitor exterioriza una realidad preexistente."
(⁷⁴)

Atendiendo a esta característica del reconocimiento, Mazzinghi y Quicios Molina lo consideran además un acto constitutivo, pues el descendiente extramatrimonial no es titular de los derechos y los deberes propios de una condición que sólo alcanzará cuando sea reconocido.(⁷⁵) Asimismo, destacan esencial la manifestación de dicha declaración de paternidad y/o maternidad en los medios establecidos por la ley, porque los mismos funcionan como títulos de determinación legal de la filiación. (⁷⁶)

Al contrario de esa postura, Belluscio señala que el reconocimiento no es un acto constitutivo, porque el descendiente tiene tal carácter desde su concepción y no desde su reconocimiento. (⁷⁷)

A este respecto, considero que el reconocimiento sí es un acto constitutivo de estado, porque el descendiente habido fuera de matrimonio, aun cuando necesariamente es producto de un padre y una madre, no tiene determinada su filiación desde su concepción o por su nacimiento, pues no goza de las presunciones de paternidad, debido a la ausencia de matrimonio entre sus progenitores. Por ello, para la determinación de su nexo filial es necesaria la declaración de la voluntad de ambos progenitores de manera simultánea o sucesiva, en las formas establecidas por la Legislación civil sustantiva y sólo hasta

⁷³ Cfr. María Susana Quicios Molina, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁴ Jorge Adolfo Mazzinghi, *op. cit.*, p. 95.

⁷⁵ Cfr. *Idem*.

⁷⁶ Cfr. María Susana Quicios Molina, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁷ Cfr. Augusto Cesar Belluscio, *op. cit.*, p. 217.

su reconocimiento legal, será titular de los derechos y los deberes que por el mismo le confiere la ley.

D.- Es individual. Sólo el padre es apto para reconocer su paternidad, así como sólo la madre puede reconocer su maternidad, ya sea por separado o conjuntamente. Además, ni el padre ni la madre pueden indicar el nombre del otro progenitor, salvo que este lo haya reconocido ya. (⁷⁸)

En este sentido, el artículo 60 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, señala que cuando los progenitores no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes ante el Registro Civil.

Pero, sí el reconocimiento se efectúa por separado, el artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que sólo se podrá asentar el nombre del compareciente, dejando a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad. En este caso, de acuerdo con los artículos 46 y 69 del mismo Ordenamiento legal, se prohíbe absolutamente al Juez del Registro Civil y a los testigos si los hubiera, hacer inquisición sobre la paternidad, quedando estrictamente prohibida la inserción de estas circunstancias o declaraciones en el acta respectiva, de lo contrario estos actos serán punibles, conforme al Código Penal.

Particularmente, el artículo 69 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo se refiere a la posibilidad de inquisición de la paternidad, por lo que la pregunta obligada es ¿Por qué el legislador no hizo referencia también a la imputación de la maternidad?

⁷⁸ Cfr: María Josefa Méndez Costa. *La Filiación...op. cit.*, p. 217.

En todo caso, el reconocimiento realizado por uno sólo de los progenitores produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor, con fundamento en el artículo 366 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal.

E.- No es un acto personalísimo. Al no haber inconveniente en que sea efectuado a través de los representantes de los progenitores, de conformidad con el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal.

Asimismo, el artículo 44 de la Ley sustantiva citada, señala que cuando los interesados estén imposibilitados para concurrir personalmente ante el Juez del Registro Civil para el reconocimiento de un descendiente, podrán hacerse representar a través de un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento deberá constar en poder otorgado en escritura pública o mandato en escrito privado, firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz.

Este precepto es desde mi punto de vista adecuado, pues dada la relevancia del reconocimiento, es necesario exigir que quien comparezca en nombre del progenitor, cuente con un mandato especial, en el cual se acredite fehacientemente su intervención para realizar el reconocimiento del descendiente de tal persona.

F.- Es irrevocable. El artículo 367 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que el reconocimiento no es revocable por quien lo hizo y si este fue hecho en testamento, aun cuando el mismo se revoque el reconocimiento no se tendrá por revocado.

Por lo tanto, la revocación del testamento no implica la revocación del reconocimiento, este será eficaz siempre que el testamento revocado se conserve o pueda ser materialmente reconstituido. (79)

G.- Es formal. El artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el reconocimiento deberá hacerse mediante alguna de las siguientes formas:

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

Este artículo, dispone de manera taxativa los títulos de determinación legal de la filiación extramatrimonial, lo cual exige su realización formal para que se produzcan todos sus efectos jurídicos. En cambio, de acuerdo con el segundo párrafo de dicho precepto, el reconocimiento practicado de manera diferente no producirá ningún efecto, pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

a).- En la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil.

Ante el Juez del Registro Civil se deben declarar los nacimientos y se deben realizar los reconocimientos. Estos dos son cuestiones distintas, dado que la declaración de nacimiento, sólo tiene por objeto hacer del conocimiento de dicho funcionario el nacimiento de un menor, mientras el reconocimiento, tiene como objetivo la determinación de su filiación paterna o materna o de ambas.

⁷⁹ C/). Domenico Barbero. Trad. Por Santiago Sentis Melendo. *Sistema del Derecho Privado*. T. II. Ediciones Jurídicas Europa-America. Argentina. 1967, p. 128; María Josefa Méndez Costa, *La Filiación...op. cit.*, p. 220. Julio López del Carril, *op. cit.*, p. 480.

De acuerdo con el artículo 54 del Código Civil para el Distrito Federal, las declaraciones de nacimiento se harán presentando al menor ante el Juez del Registro Civil, en su oficina o en el lugar donde aquel hubiera nacido, acompañando a dicho acto el certificado de nacimiento. Este documento deberá ser suscrito, ya sea, por médico autorizado para el ejercicio de su profesión o por la persona que haya asistido al parto, conforme al formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Distrito Federal.

La presentación del certificado de nacimiento ante el Registro Civil, reviste especial importancia, porque el mismo hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y la maternidad, aunque si no se cuenta con él, el declarante deberá presentar constancia del parto. Pero si quienes declaran el nacimiento omiten presentar tanto el certificado de nacimiento como la constancia del parto, la oficina registral dará vista de estos hechos al Ministerio Público.

El deber jurídico de declarar el nacimiento, corresponde en principio al padre y a la madre o a cualquiera de ellos, a falta de éstos ese deber recae en los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendentes en tercer grado, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que este ocurrió.

Una vez que el Juez del Registro Civil reciba el aviso del nacimiento, tomará las medidas legales necesarias a fin de levantar el acta respectiva. No obstante, puede darse el caso de que al mismo tiempo de la declaración del mismo se efectúe el reconocimiento, en cuyo caso, el acta de nacimiento dará fe tanto del nacimiento del presentado como de su filiación paterna o materna o de ambas.

El acta de nacimiento se levantará con la razón de sí el menor presentado está vivo o muerto, se hará constar su impresión digital y contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan, lo cual dependerá de la comparecencia de sus progenitores, pues

si los dos comparecen se asentarán los apellidos paternos de ambos, o los dos apellidos del que lo presente, este mismo criterio regirá la constancia del nombre de los abuelos.

En el caso de que se desconozca el nombre de los progenitores, el Juez del Registro Civil le pondrá nombre y apellidos, señalando tal circunstancia en el acta y en el supuesto de un nacimiento ocurrido en un establecimiento de reclusión del Distrito Federal, se deberá asentar como domicilio del nacido, el señalado por quienes comparezcan.

b).- Por acta especial ante el mismo Juez.

Este supuesto, tiene lugar cuando el reconocimiento no se hizo en el acta de nacimiento, en cuyo caso, los artículos 78 y 82 del Código Civil para el Distrito Federal, determinan:

“Artículo 78. En el caso de reconocimiento hecho con posterioridad al registro, se harán las anotaciones correspondientes en el acta de nacimiento original y deberá levantarse nueva acta de nacimiento en términos de lo dispuesto por el artículo 82.”

“Artículo 82. En el acta de nacimiento originaria se harán las anotaciones correspondientes al reconocimiento, la cual quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna salvo mandamiento judicial”

De conformidad con tales preceptos, el reconocimiento hecho con posterioridad al registro, deberá plasmarse en el acta de nacimiento original, debiéndose levantar una nueva acta de nacimiento, quedando la primera en resguardo del Registro Civil, el cual sólo podrá expedir constancias de la misma bajo mandamiento judicial.

En el caso de que el reconocimiento se realice por alguno de los otros medios establecidos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, es decir, si se realiza mediante escritura pública, testamento o confesión judicial directa y expresa, será necesario presentar dentro del término de quince días ante el juez

del Registro Civil, el original o copia certificada de los documentos donde obre tal reconocimiento, a efecto de hacer la anotación respectiva en el acta original y proceder a levantar una nueva acta de nacimiento.

c).- Por escritura pública.

El Código Civil para el Distrito Federal, el Código de Familia de Costa Rica, el Código Civil de Guatemala, el Código de Familia de la República de Cuba, el Código Familiar para el Estado de Hidalgo y el Código Familiar del Estado de Zacatecas, limitan el reconocimiento realizado en documento público a la escritura pública. En este sentido, difieren el Código de Familia de Bolivia y los Códigos Civiles de España y Argentina, en los que se permite el reconocimiento a través de cualquier documento público.

A este respecto, estoy de acuerdo en que por las consecuencias legales del reconocimiento, el legislador exija la autenticidad del documento en el cual se realice, sin embargo, considero una exageración limitarlo únicamente a la escritura pública, desde la perspectiva de ser ésta el único medio idóneo para el mismo, por la fe pública de los notarios, pues es una cuestión de mayor equidad permitirlo en cualquier documento público, siempre y cuando éste reúna los requisitos exigidos para ser considerado como tal.

El reconocimiento de todo descendiente realizado a través de cualquier documento público, puede contemplar tres supuestos: Primero, que el documento se haya otorgado con la exclusiva finalidad de reconocer la filiación. Segundo, el documento cuya finalidad es contener un acto jurídico distinto del reconocimiento y se aprovecha para efectuar con voluntad un reconocimiento con la debida forma. Tercero, el documento en el cual se contiene un acto jurídico distinto e incidentalmente y sin intención de realizar el reconocimiento, se declara la paternidad o maternidad. ⁽⁸⁰⁾

⁸⁰ *Cfr.* María Susana Quicios Molina, *op. cit.*, p. 53

Los dos primeros supuestos son reconocimientos directos, mientras el tercer caso es un reconocimiento incidental, a pesar de ello, todos son válidos y carece de importancia si la finalidad del documento fue o no la realización del reconocimiento, pues lo importante es que pueda servir de título legal para la determinación de la filiación. (⁸¹)

d).- Por testamento.

El artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, no distingue la forma testamentaria mediante la que se debe realizar el reconocimiento, por lo cual es preciso preguntarse, si cualquier testamento es apto para reconocer la filiación o por el contrario, si sólo puede efectuarse en testamento público abierto, público cerrado o en testamento público simplificado, por ser estos documentos públicos desde su otorgamiento.

Al respecto, Quicios Molina opina que el reconocimiento testamentario, sólo es válido como título de determinación legal de la filiación, mientras obre en un documento público, porque aun cuando el legislador no distingue expresamente la forma testamentaria para realizarlo, indirectamente lo relaciona con otra forma de reconocimiento, como es el documento público, al cual a su vez limita a la escritura pública con la finalidad de cerciorarse de su autenticidad. (⁸²)

Considero que esta interpretación es incorrecta, pues la falta de fedatario público en el momento del otorgamiento del testamento, como en el caso del ológrafo, no es razón para dudar de la autenticidad del reconocimiento en él contenido. Primero, porque compete a la autoridad judicial declarar la validez del mismo. (la cual una vez declarada lo convierte en documento público) Y segundo, porque del artículo 367 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, se desprende que el

⁸¹ Cfr. María Susana Quicios Molina, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

⁸² Cfr. *Ibidem.*, pp. 60-63.

reconocimiento subsiste incluso cuando el testamento se revoque, excepto en el caso del testamento público simplificado.

Además, con ese criterio sólo se perjudica el derecho del descendiente a la determinación de su filiación, pues si la misma ley no distingue el tipo de testamento apto para la realización del reconocimiento, no hay razón para restringir la forma testamentaria.

e).- Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento judicial necesita los siguientes requisitos:

“a) la manifestación debe ser espontánea, expresa y directa; b) puede hacerse ante cualquier juez, ya que la ley no distingue; c) es irrelevante el que el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene.”⁸³

Por otra parte, una vez señalada la forma legal para la realización del reconocimiento, me referiré ahora a los sujetos que intervienen en el mismo y a su capacidad. En primer lugar, son sujetos activos de dicho acto jurídico, el padre y la madre, mientras el descendiente es sujeto pasivo. Con relación al segundo aspecto, en principio pueden reconocer a sus descendientes menores de edad, los progenitores con capacidad natural y legal, quienes además deberán tener la edad exigida por la ley para contraer matrimonio, es decir, 18 años.

Asimismo, la ley establece una limitación en cuanto a la situación jurídica familiar de la madre, pues de acuerdo con el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal, el descendiente de una mujer casada no podrá ser reconocido por otro hombre distinto al marido, en virtud de las presunciones de filiación de los descendientes nacidos dentro del matrimonio, a menos que el padre lo haya desconocido o cuando por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es

⁸³: Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho de Familia y de Menores*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Wilches, Colombia, 1991, pp. 64 y 65.

descendiente suyo. Esto, no ocurre en el caso del padre, quien siendo casado o soltero puede reconocer un descendiente habido fuera de matrimonio.

Esta disposición, tiene un origen muy peculiar, pues desde el Código Civil de Oajaca de 1827, hasta el Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1884, se prohibió el reconocimiento de los descendientes habidos fuera de matrimonio, cuando alguno de los progenitores estuviera casado, incluso estas legislaciones calificaron a dichos descendientes con la designación discriminatoria de adulterinos. Además, tal prohibición atendió a la consideración de que el

“...adulterio ataca directamente a la familia legítima y constituye un delito penal que el legislador ha querido prevenir con la perspectiva de la desgracia de los hijos que nacieran y al mismo tiempo crear la reprobación de la opinión pública por las consecuencias legales que le acompañan.” (⁸⁴)

Con posterioridad, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, fueron más permisivos, porque sólo posibilitaron el reconocimiento del descendiente extramatrimonial por el padre casado, disposición todavía vigente en el Código Civil para el Distrito Federal.

A este respecto, cabría preguntarse el motivo por el cual, sólo se permite al padre casado el reconocimiento de un descendiente habido fuera de su matrimonio, si tan adúltero es él, como la madre casada quien lo engendra con una persona distinta al marido. En este sentido, Colin y Capitant señalan que en el caso de la mujer casada,

“El adulterio no hace desaparecer en derecho de manera inmediata la presunción *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. De hecho no hace desaparecer todas las relaciones entre la mujer culpable y su marido. Si éste se abstiene de denegar al hijo (y con frecuencia no le será posible la denegación).” Además, destacan que

⁸⁴ Marcelo Planioł y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 570.

dicho hijo tiene derecho a no sufrir la confusión de haber nacido durante el matrimonio cuya fe fue violada. (⁸⁵)

Así, la prohibición de reconocer al descendiente de la mujer casada por otro hombre distinto del marido, está íntimamente relacionada con las presunciones de filiación matrimonial, en las que se prevé que cualquier descendiente procreado mientras prevalezca el vínculo matrimonial, tiene como padre al marido de la madre.

En otro orden de ideas, con relación a la edad exigida por la ley para la realización del reconocimiento, cabe destacar que los menores de edad también pueden ser sujetos activos del reconocimiento, pero para ello, requieren la aprobación de quien o quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad, o la conformidad de la persona bajo cuya tutela se encuentren y a falta de cualquiera de ellas, requerirán autorización judicial.

Por otra parte, interesa referir el reconocimiento de los mayores de edad, quienes con fundamento en el artículo 375 del Código Civil para el Distrito Federal, no podrán ser reconocidos sin su conformidad, salvo el caso de que sean reconocidos por testamento. De igual forma, tampoco se podrá reconocer al menor o al sujeto a estado de interdicción, sin la aprobación de su tutor, si lo tiene o el del tutor nombrado por el juez familiar especialmente para el caso.

En cuanto al reconocimiento de un menor se prevé en el artículo 376 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, la posibilidad de aquél para reclamar contra el reconocimiento, cuando llegue a la mayor edad. El término para deducir esta acción, será de dos años contados desde que el descendiente sea mayor de edad, si antes de llegar a la mayoría de edad supo del reconocimiento y si no lo sabía, el término corre desde la fecha en que lo supo.

⁸⁵ Ambrosio Colin y H. Capitant, *op.cit.*, pp. 593 y 599.

Una de las características del reconocimiento es que es irrevocable por quien lo hizo, sin embargo, cuando es realizado por un menor es anulable de conformidad con el artículo 363 del Código Civil para el Distrito Federal, si prueba haber sufrido error o engaño al hacerlo. En este caso, puede intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad.

Asimismo, pueden ejercitar el derecho de impugnar el reconocimiento durante la minoría de edad del descendiente: a).- La madre, cuando no se obtuvo su aprobación para efectuarlo (artículo 379 del Código Civil para el Distrito Federal); b).- La persona que cuida o ha cuidado a un menor como si fuera descendiente suyo (artículo 378 del Código Civil para el Distrito Federal); c).- El Ministerio Público, cuando se hubiere efectuado en perjuicio de un menor; d).- El progenitor que reclame para sí la paternidad o maternidad; e).- El tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, tiene este derecho en vía de excepción. Estos tres últimos casos, de conformidad con el artículo 368 de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal.

Aun cuando, no se prevé expresamente la nulidad del reconocimiento por parte de los mayores de edad, estos pueden promoverlo con base en las reglas genéricas de la ineficacia de los actos jurídicos, particularmente con fundamento en el artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.”

Este precepto se puede aplicar, cuando una persona es reconocida por otra que no tiene capacidad legal o sin la formalidad requerida por la ley o bien, cuando en el reconocimiento a mediado error o violencia, en cuyo caso, se deberán aplicar las normas generales señaladas por el Derecho para pedir la nulidad basada en estos vicios de la voluntad.

Por otra parte, en lo relativo al reconocimiento del descendiente concebido pero no nacido, el Código Civil para el Distrito Federal es omiso, no obstante puede pensarse en su factibilidad, con fundamento en su artículo 22 mediante el cual, el concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en dicho Código. Sin embargo, en este mismo sentido, el artículo 337 del mismo Ordenamiento señala:

“...sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil...”

Los artículos anteriores demuestran criterios contrarios, por eso dependiendo del precepto invocado se puede determinar la posibilidad del reconocimiento del descendiente concebido en la Legislación sustantiva civil del Distrito Federal. Así, independientemente de que sea o no factible en la actualidad, es preciso destacar la importancia de una regulación uniforme al respecto.

Además, en este caso debe considerarse que el reconocimiento unilateral del descendiente engendrado por el progenitor varón, encuentra obstáculos cuando no media el reconocimiento anterior de la madre, en virtud de la prohibición de dar a conocer el nombre del otro progenitor, pues es imposible identificar al *nasciturus* sin mencionar a la mujer que lo lleva en su seno. A pesar de ello, la posibilidad jurídica para su reconocimiento sin vulnerar aquella prohibición, puede presentarse mediante instrumento privado, testamento ológrafo o testamento público cerrado. ⁽⁸⁶⁾

Una vez referidas las características de la filiación surgida a través del acto voluntario de reconocimiento, es importante considerar las consecuencias de dicho reconocimiento, las cuales están determinadas en el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal:

⁸⁶ Cfr. Antonio Ocaña Rodríguez, *op.cit.*, p. 134; María Josefa Méndez Costa, *op. cit.*, p. 239; Julio López del Carril, *op. cit.*, p. 453.

"El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley;
- IV. Los demás que se deriven de la filiación."

Dicho artículo, en realidad sólo enuncia los derechos de los descendientes contemplados en otros preceptos de la misma Ley sustantiva civil del Distrito Federal. Así por ejemplo, en el artículo 58 se determina el deber de asentar en el acta de nacimiento el apellido paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca; de los artículos 303 al 323 Bis referentes a los deberes alimentarios de la familia, se desprende la reciprocidad de alimentos que deben guardarse entre los progenitores y los descendientes; el derecho a percibir la porción hereditaria está determinada en el Libro Tercero denominado "De las sucesiones". Finalmente, la última fracción del artículo antes transcrito, aunque podría parecer demasiado vaga se refiere al surgimiento de la patria potestad, institución regulada en los artículos 411 al 448.

Con lo anterior, finalizo el análisis del reconocimiento voluntario, como una de las formas de establecer la filiación de los descendientes habidos fuera matrimonio, dejando en reserva la otra forma de establecer dicha filiación, es decir, la imputación de paternidad a través del juicio de investigación respectivo, pues dicho tema será abordado en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, en la parte relativa a este tema.

2.- Filiación Legal.

La filiación legal es el vínculo jurídico que liga a quienes ante la ley son padres y madres e hijos e hijas. Por tanto, la designación filiación legal deriva de que el dato determinante de dicha relación, se actualiza en función de la imputación de la ley y sólo existe en los casos previstos por la misma.

Por ello, se subdivide en adoptiva y proveniente del uso de los métodos de reproducción asistida, la primera, constituye el vínculo filial entre dos personas a instancia de un acto de voluntad de una de ellas. En la segunda, el vínculo jurídico surge fundamentalmente del acuerdo de voluntades entre el hombre y la mujer, que se someten a las técnicas de reproducción asistida, aunque en este acuerdo pueden también intervenir más personas, dependiendo de los aportes genéticos utilizados en dichos procesos.

Asimismo, en este apartado de la filiación legal también haré referencia a la filiación que puede surgir en el supuesto de la clonación humana.

A.- Filiación Adoptiva.

La filiación adoptiva no tiene un carácter biológico sino exclusivamente jurídico, ya que consiste en la constitución de un vínculo paternofilial o maternofilial entre dos personas a instancia de una de ellas. 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. (⁸⁷)

Esta característica de equivalencia jurídica de la adopción con la filiación biológica, también es destacada por autores tales como: Domenico Barbero, Roberto De Ruggiero, Felipe Clemente de Diego, Federico Puig Peña y Augusto Cesar Belluscio, quienes señalan que este tipo de filiación es una ficción jurídica por medio de la cual se supone que una persona es descendiente de otra, por un acto de voluntad, orientado a equiparar los efectos de la filiación biológica, la cual está basada en la generación y necesariamente en la consanguinidad. (⁸⁸)

⁸⁷ Cfr. Jean Carbonnier, *op. cit.*, p. 359.

⁸⁸ Cfr. Domenico Barbero, *op. cit.*, p. 141; Roberto De Ruggiero, *op. cit.*, p. 224; Felipe Clemente de Diego, *op. cit.*, p. 395; Federico Puig Peña, *op. cit.*, pp. 8 y 9; Augusto Cesar Belluscio, *op. cit.*, p. 239.

Por su parte, Daniel Hugo D' Antonio señala que merecen fundadas censuras las apreciaciones doctrinarias en las cuales se admite la 'filiación adoptiva', porque si bien la adopción es un acto jurídico solemne constituido con la voluntad de los particulares, el permiso de la ley y la autorización judicial, por el que se crea entre personas extrañas relaciones análogas a las de la filiación biológica, dicha asimilación dista mucho de poder constituir una filiación. Es más, este autor califica a la filiación adoptiva como un caso de soberbia legislativa, porque el vínculo paterno o materno filial admite como origen exclusivo el biológico. (⁸⁹)

Desde los primeros sistemas jurídicos la adopción ha sido clasificada de dos formas: simple o plena, el derecho justiniano por ejemplo, distinguió entre *adoptio* plena y *adoptio minus* plena. La adopción plena era la realizada por un ascendiente y el adoptado era desligado totalmente de su familia originaria, para hacerse miembro de la nueva familia. La adopción menos plena era realizada por un extraño, conservando el adoptado su situación familiar anterior, al quedar bajo la patria potestad de su padre natural, por lo cual su efecto fundamental, sólo fue otorgarle el derecho a la sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. (⁹⁰)

Antes de analizar lo relativo a estos tipos de adopción, es preciso señalar que hoy en día, la finalidad de la adopción es dar una familia a quien carece de ella, así como dar descendientes a quien no se los ha podido dar la naturaleza. (⁹¹) En este sentido, se busca crear en el adoptado una situación moral y patrimonial más favorable de la que tiene o podría tener con su familia de origen. (⁹²)

Respecto de estos objetivos, existe en nuestra legislación una institución jurídica denominada acogimiento, la cual es básicamente parafraseando al maestro Raúl Ortiz Urquidí (quien denominó al concubinato matrimonio por comportamiento) una

⁸⁹ Cfr. Daniel Hugo D' Antonio, *op. cit.*, pp.178 y 179.

⁹⁰ Cfr. Juan Iglesias, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9ª ed., Ed. Ariel, España, 1987, p. 554.

⁹¹ Cfr. Francesco Messineo, *op. cit.* p. 163.

⁹² Cfr. Alberto Trabucchi. Trad. Por Luis Martínez Calcerrada, *Instituciones de Derecho Civil*, 15ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1966, p. 315.

adopción por comportamiento, pues su objeto con fundamento en el artículo 492 del Código Civil para el Distrito Federal, es la protección inmediata del menor expósito o abandonado, cuyo cuidado se confiere a la persona que lo haya acogido, teniendo ésta los mismos deberes, facultades y restricciones previstas para los tutores.

En opinión de Trabucchi, el acogimiento es una especie de pequeña adopción, la cual tiene un fin asistencial y no tiende a crear un estado familiar, pues no se confiere al menor abandonado o expósito derechos sucesorios. Esta institución ha sido recogida por los legisladores de diversos países, atendiendo a la costumbre de criar y mantener a los descendientes abandonados, sin la formalidad y el compromiso de los deberes jurídicos dimanantes de la adopción. (⁹³)

Hechas estas referencias con relación al acogimiento, proseguiré con las especies de adopción reguladas en el sistema jurídico mexicano. La adopción simple y la adopción plena son relaciones jurídicas de filiación, cuyo origen se encuentra en la voluntad y son creadas en virtud de un acto jurídico solemne, mediante el cual dos personas entre quienes no media vínculo sanguíneo, constituyen un vínculo paterno filial o materno filial, como si fueran progenitores y descendientes biológicos.

No obstante, la diferencia entre ambas radica en que la adopción simple, sólo crea derechos y deberes entre adoptante y adoptado, mientras la adopción plena incorpora al adoptado a la familia del adoptante completamente, pues lo equipara como descendiente consanguíneo para todos los efectos legales.

La adopción simple todavía se encuentra regulada en el Código Civil Federal, en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo y en el Código Familiar del Estado de Zacatecas, pues en el Código Civil del Distrito Federal, sus disposiciones han sido derogadas. Este tipo de adopción como ya lo señalé, sólo genera derechos y

⁹³ Cf.: Alberto Trabucchi, *op cit.*, p. 317.

deberes entre adoptante y adoptado, constituyendo el parentesco únicamente entre ambos, por lo cual el adoptado no tiene parentesco con la familia del adoptante. Y los derechos y deberes resultantes del parentesco natural no se extinguen por razón de la adopción, excepto la patria potestad la cual será transferida al adoptante, salvo el supuesto de que este último se encuentre casado con alguno de los progenitores del adoptado, en cuyo caso ejercerán ambos la patria potestad.

Una característica importante de la adopción simple es su posible revocación en tres casos. En primer lugar, cuando las dos partes convengan en ello, para lo cual el adoptado debe ser mayor de edad, de lo contrario se oirá a quienes prestaron su aprobación para la adopción. Segundo, por ingratitud del adoptado, supuesto actualizado a su vez en tres casos: si se comete algún delito intencional contra la persona, la honra, o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes; si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante por algún delito aunque se pruebe, salvo cuando hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; si el adoptado se rehúsa a dar alimentos al adoptante caído pobreza. En tercer lugar, la adopción puede ser revocada cuando el Consejo de Adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, justifica la existencia de alguna causa grave que ponga en peligro al menor.

Enfatizo en esta característica de revocabilidad de la adopción simple, porque la adopción plena es irrevocable, lo cual es lógico si se toma en cuenta que a través de esta última especie de institución adoptiva, el adoptado por disposición de la ley se equipara al descendiente consanguíneo para todos los efectos legales.

Por otra parte, importa señalar que la adopción simple puede convertirse en adopción plena, con fundamento en el artículo 404 del Código Civil Federal, cuando el adoptado tenga doce años y otorgue su consentimiento, pero si es menor de esa edad, dicha conformidad será otorgada por quien hubiese

consentido en la adopción, siempre y cuando sea posible obtenerla, de lo contrario, el juez resolverá atendiendo al interés superior del menor.

Bajo la forma de adopción plena, el adoptado se incorpora a la familia del adoptante como auténtico miembro de la misma, al equipararse al descendiente consanguíneo para todos los efectos legales, adquiriendo lazos de parentesco con todos los parientes del adoptante, incluyendo los impedimentos de matrimonio. Con este tipo de adopción, se pretende borrar toda huella del origen del adoptado, lo cual es absurdo, porque no es posible suprimir por disposición de la ley el nexo biológico del adoptado con sus progenitores biológicos.

En la adopción plena, el adoptado tiene en la familia del adoptante o adoptantes los mismos derechos y deberes del descendiente consanguíneo, debiendo llevar los apellidos de este o estos. En cuanto a la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores, ésta como ya se destacó, queda absurdamente extinta al igual que el parentesco con las familias de estos, salvo para los impedimentos de matrimonio. No obstante, en el supuesto de encontrarse casado el adoptante con alguno de los progenitores del adoptado, los derechos, deberes y demás consecuencias jurídicas resultantes de la filiación consanguínea, no se extinguirán.

Dado que la adopción plena tiene por objeto incorporar completamente en calidad de descendiente consanguíneo al adoptado, el Registro Civil deberá abstenerse de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, salvo en los casos de impedimentos para contraer matrimonio y cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, pues si fuere menor de edad, se requerirá la aprobación de los adoptantes.

El tipo de adopción de que se trate determina los requisitos y efectos jurídicos entre adoptante y adoptado, aunque también existen reglas comunes para ambos tipos de adopción, tal es el caso de los requisitos para ser adoptante, quien debe tener más de veinticinco años, ser soltero, estar en pleno ejercicio de sus derechos y tener una diferencia de edad de diecisiete años respecto del adoptado.

De igual forma, conforme al artículo 390 del Código Civil Federal y 390 del Código Civil para el Distrito Federal, quien pretenda adoptar debe acreditar:

- I Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptarse, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
- II Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo al interés superior de la misma, y
- III Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.”

Cumpliendo estos requisitos, el adoptante puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando este sea mayor de edad. Asimismo, de acuerdo con el último párrafo de los artículos antes señalados, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente, cuando las circunstancias especiales lo aconsejen.

Actualmente, la adopción en cualquiera de sus formas puede ser realizada por personas solteras o por matrimonios y el Código Civil para el Distrito Federal, también la admite en el caso de los concubinos. Esta última y la efectuada por matrimonios se denominan adopciones conjuntas y tienen lugar, cuando ambos miembros de la pareja están conformes en considerar al adoptado como descendiente, aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de la edad, es decir, tener más de veinticinco años y una diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado de diecisiete años, debiendo siempre comprobar los requisitos establecidos en los artículos 390 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

Además, para que ambos tipos de adopción puedan tener lugar es necesaria la aprobación: a).- De quien o quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre el menor que se pretende adoptar; b).- Del Ministerio Público del domicilio del adoptado, en caso de no tener progenitores conocidos o personas quienes ejerzan la patria potestad o la tutela; c).- De la persona que haya acogido al presunto adoptado y lo trate como si fuera su descendiente; d).- De las instituciones de asistencia social públicas o privadas que hayan acogido al menor o al incapacitado; e).- Del menor si tiene más de doce años.

En todos los casos de adopción deberán ser escuchados los menores, debiendo atender los tribunales su opinión de acuerdo a su edad y grado de madurez, sí se trata de un incapacitado, será necesario su conformidad, siempre y cuando fuese posible la expresión indubitable de su voluntad.

En los supuestos en los que no sea consentida la adopción por quienes deben prestar esa conformidad, será necesario expresar las causas de esa oposición, las cuales serán calificadas por el juez competente, con el objeto de salvaguardar los intereses y la situación de mayor beneficio para el menor o el incapacitado.

ADOPCIÓN INTERNACIONAL.

La adopción internacional es aquella promovida por ciudadanos de otro país con residencia habitual fuera del territorio nacional, su objeto es incorporar en una familia a un menor que no puede encontrar un núcleo familiar en su propio país de origen. La regulación de este tipo de institución adoptiva es materia de los Tratados suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y siempre debe llevarse a cabo bajo la forma de adopción plena, de conformidad con los artículos 410-E del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.

Este tipo de adopción no debe confundirse con la adopción realizada por extranjeros en México, pues esta tiene lugar cuando es promovida por ciudadanos de otro país con residencia permanente en el territorio nacional, en cuyo caso, se registrará por lo dispuesto en la Legislación civil mexicana. En este rubro, importa resaltar que en nuestro país con independencia de cual sea el tipo de institución adoptiva, se buscará en igualdad de circunstancias dar preferencia a adoptantes mexicanos respecto de los extranjeros.

El fundamento legislativo de la adopción internacional en México, no sólo se encuentra en el Código Civil Federal y en el Código Civil para el Distrito Federal, sino también en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, en las cuales se determina que cuando los menores se vean privados de su familia y no puedan ser integrados en familias sustitutas, a través de la adopción en el Estado Mexicano preferentemente, dichos menores podrán ser adoptados por extranjeros con residencia habitual fuera del territorio nacional, mediante la adopción internacional.

Sin embargo, como particularmente este tipo de adopción se rige por los Tratados suscritos y ratificados por el Estado Mexicano, me referiré en adelante a los documentos internacionales en esta materia, aun cuando algunos de ellos no sean aplicables a nuestro país, por tratarse de Tratados regionales suscritos por los países europeos, en cuyo caso, sólo los señalaré en esta exposición como importantes antecedentes o referencias de la legislación existente en materia de adopción internacional.

El primer documento internacional relativo a la adopción internacional es la Convención Europea en Materia de Adopción de Niños de 24 de abril de 1967, mediante la cual los países europeos se comprometieron a incorporar en sus legislaciones internas, las medidas suscritas a través de la misma como son: la adopción únicamente a favor de menores, quienes sin limitación en su número,

sólo pueden ser adoptados por personas unidas en matrimonio en cuatro casos: cuando el menor adoptivo tenga parentesco con alguno de los adoptantes; cuando el anterior adoptante haya fallecido; cuando la anterior adopción sea anulada y cuando la anterior adopción haya terminado.

Los requisitos exigidos para ser adoptante en esta Convención Europea, es no tener menos de veintiún años ni más de treinta y cinco, aunque ese requisito puede ser dispensado por razones excepcionales, sin embargo, si se requiere una diferencia de edad entre adoptantes y adoptado igual o mayor a la que tiene este último con sus progenitores biológicos, cuando estos sean conocidos. En cada caso se exige procurar mediante la adopción, un hogar estable y armonioso para garantizar el bien del menor, por ello reunidos estos requisitos y antes de declarar cualquier adopción, el menor será puesto a prueba en custodia de los adoptantes por el tiempo necesario, a consideración de la autoridad competente.

Transcurrido ese plazo, dicha autoridad competente deberá verificar nuevamente mediante un estudio: la personalidad, la salud y la situación económica del adoptante, su vida familiar, la instalación de su hogar y sus aptitudes educativas respecto del menor; los motivos por los cuales el adoptante solicitó la adopción; la convivencia mutua entre el adoptado y el adoptante en el período durante el cual estuvo confiado a sus cuidados. De los resultados de esa segunda evaluación, dependerá la aprobación definitiva de la adopción.

En virtud de esta adopción, el adoptado adquiere todos los derechos correspondientes a cualquier descendiente respecto de los adoptantes, incluso la nacionalidad de estos y aunque nada establece esta Convención, con relación a la forma de la adopción, pienso que se trata de una adopción diferente de la simple y de la plena, pues aun cuando se admite la revocación de la adopción y no se especifica si el adoptado, adquiere parentesco también con las respectivas familias de los adoptantes, se prohíbe revelar en todo caso la identidad de los

progenitores de origen, pretendiéndose con ello borrar cualquier huella de su origen.

Como lo establecido en esta Convención presenta ciertos inconvenientes al ser oscura y estar desfasada en algunas de sus disposiciones, el Parlamento Europeo emitió desde el 12 de diciembre de 1996 la Resolución A4-0392/96, Sobre la Mejora del Derecho y de la Cooperación Entre los Estados Miembros en Materia de Adopción de Menores. En dicha resolución, se modifican cuestiones tales, como el hecho de que la adopción no necesariamente debe ser llevada a cabo por personas unidas en matrimonio, aunque reconoce la importancia de la adopción conjunta, es decir, la realizada por una familia compuesta por un padre y una madre.

Asimismo, a través de esa resolución se determina que todas las adopciones deberán ser plenas y pide a los Estados Miembros de la Comunidad Europea sean muy cuidadosos en su autorización, aprobándolas sólo cuando se hayan comprobado fehacientemente los requisitos exigidos a los candidatos a progenitores adoptivos. Además, para cumplir con ello, se les pide admitan únicamente en estos procedimientos, la mediación de organismos públicos o de organizaciones reconocidas y autorizadas por cada Estado, para evitar todo tipo de lucro.

Entre otras medidas, esta resolución propone a los Estados Miembros poner en práctica acciones comunes tales como: establecer una política de visados con el fin de evitar que los menores sean objeto de prácticas ilícitas por parte de redes de adopción internacionales, al amparo de la libre circulación de personas por la Comunidad Europea; luchar contra la entrada ilegal de menores a la Comunidad Europea, mediante la creación de un banco de datos informatizados, en los cuales también se investiguen y evalúen las actuaciones en materia de adopción; prevenir y luchar contra el secuestro y el tráfico de menores; ampliar las

competencias de la Europol a la investigación de redes que controlan el tráfico de menores con fines de adopción.

Con todas estas exigencias, se destaca la nueva regulación de la adopción internacional, la cual ante el eminente peligro de su degeneración requiere necesariamente, la implementación de procedimientos más rigurosos en los que sin embargo, se guarde un equilibrio para evitar se haga imposible su práctica.

Al igual que en el ámbito europeo, la materia de adopción internacional es parte importante en otros instrumentos internacionales globales, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Mexicano el 21 de septiembre de 1990. Dicha Convención, en su artículo 21 vincula a los Estados Partes en los cuales se permite el sistema de adopción, para que reconozcan el interés superior del menor, conforme a las siguientes directrices:

"a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella, y

e) Promoverán cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán,

dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.”

Igual que el anterior, otro de los tratados globales en materia de adopción es la Declaración Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1986, en cuyos artículos décimo séptimo y décimo octavo se dispone que cuando un menor no pueda ser cuidado adecuadamente en su país de origen, podrá considerarse la adopción en otro país, como forma alternativa de proporcionarle una familia. Para lo cual, los gobiernos deberán establecer políticas, legislación y una supervisión eficaz, respecto de la protección de los menores adoptados en otros países.

Asimismo, dicha Declaración dispone que toda adopción efectuada en otro país deberá realizarse por conducto de los organismos o autoridades competentes, debiendo aplicarse las mismas salvaguardas y normas existentes respecto de las adopciones en el país de origen. No obstante, en aquellos casos en los cuales la adopción deba tramitarse por conducto de personas quienes actúen como agentes de los probables progenitores, se deberán tomar precauciones especiales para proteger los intereses jurídicos y sociales del menor.

Además, no se podrá considerar ninguna adopción en otro país, si antes no se ha verificado que el menor puede ser legalmente adoptado y cuenta con todos los documentos necesarios para el trámite de la adopción, tales como, la autorización de las autoridades competentes y el permiso para inmigrar al país de los futuros progenitores adoptivos para unirse a ellos y adquirir su nacionalidad.

Con esta Declaración, se busca asegurar la validez de la adopción en los dos países involucrados en la misma, es decir, en el del adoptante y en el del adoptado. Esto, con el objeto de prevenir un secuestro o cualquier acto

encaminado a la colocación ilícita de menores, debiendo a la vez cuidar que dicha incorporación del menor en la familia adoptiva, no tenga como resultado beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella.

Por su parte, el Convenio de la Haya Número XXXIII Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, suscrito y ratificado por el Estado Mexicano el 29 de mayo de 1993, determina entre sus objetivos: establecer garantías para que las adopciones internacionales, tengan lugar tomando en consideración el interés superior del menor y sus derechos fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional; instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes para asegurar el respeto de dichas garantías y la prevención de actos, como la sustracción, venta o tráfico de menores.

Los anteriores Tratados, se refieren básicamente a los objetivos de la adopción internacional y a la necesaria cooperación entre naciones en esta materia, para garantizar ante todo el interés superior del menor, el respeto de sus derechos fundamentales, la prevención de colocaciones ilícitas y la obtención de beneficios económicos por ese hecho, pues únicamente se busca dar una familia permanente a quien no la puede encontrar en su país de origen.

Pero aparte de esos objetivos señalados en dichos Tratados, no se debe perder de vista que la materia de adopción internacional, entraña algunas dificultades de competencia por la concurrencia de dos países en su tramitación, el del lugar de origen del adoptante y el del adoptado. A este respecto y para resolver los conflictos de leyes en materia de adopción, existe otro instrumento internacional regional aplicable a los países miembros de la Organización de los Estados Americanos, denominado Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 24 de mayo de 1984.

De acuerdo con el artículo tercero de dicha Convención, la ley de la residencia habitual del menor, regirá la capacidad, el consentimiento o lo relativo a la autorización en su caso y demás requisitos para ser adoptado. Igualmente con fundamento en ese precepto, los procedimientos y las formalidades para la tramitación de la adopción, se regirán por el principio *locus regit actum*, es decir, se estará a la ley del lugar donde se realice el acto, mismo que tendrá lugar en el domicilio del adoptado.

Por otro lado, con fundamento en el artículo cuarto de la misma Convención, la ley del domicilio del adoptante o adoptantes regirá: su capacidad para adoptar; los requisitos de edad y estado civil; el consentimiento de su cónyuge, si fuere el caso y los demás requisitos para ser adoptante. Ese mismo precepto en su último párrafo establece, que si los requisitos de la ley del domicilio del adoptante o adoptantes, son manifiestamente menos estrictos a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

Lo señalado por el artículo cuarto de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, también se encuentra establecido en el artículo décimo cuarto del Convenio de la Haya número XXXIII, Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, pues este último precepto señala que las personas con residencia habitual en un Estado contratante, que deseen adoptar un menor cuya residencia habitual esté en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual. Esto es, deberán cumplir ante todo los requisitos establecidos en la propia legislación del domicilio del adoptante.

B.- Filiación Proveniente del Uso de los Métodos de Reproducción Asistida.

La filiación proveniente del uso de los métodos de reproducción asistida por regla general tiene su origen, en el acuerdo de voluntades entre quienes se someten a este tipo de técnicas para tener descendencia.

Por tanto, dicho acuerdo puede realizarse entre un hombre y una mujer tratándose de la inseminación artificial homóloga y de la fecundación extrauterina homóloga, o bien, entre más personas dependiendo de las aportaciones genéticas extrañas de quienes se sometan a estas técnicas y en este caso, se denominan inseminación artificial heteróloga o tercería biológica y fecundación extrauterina o fecundación in vitro heteróloga.

La inseminación artificial y la fecundación extrauterina tienen en común, que no requieren la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos, mientras su diferencia radica, en cuanto la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del útero de la mujer, en cambio la fecundación extrauterina se realiza fuera del cuerpo de la mujer. (⁹⁴)

En la actualidad, las modernas conquistas de la genética y de la biología ponen al alcance de los matrimonios infecundos estos recursos. La inseminación artificial puede llevarse a cabo de dos formas: inseminación homóloga e inseminación heteróloga o tercería biológica. El primer supuesto no representa mayor problema, pues los aportes genéticos provienen de ambos cónyuges. No así en el segundo supuesto, en el que se comprenden todas aquellas situaciones en las cuales, el descendiente si bien ha sido concebido durante el matrimonio de quienes jurídicamente son su padre o madre, es el resultado de una fecundación en que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos.

⁹⁴ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio. Inter Vivos y Mortis Causa*, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 268, 272 y 286 (Cabe destacar, que el autor citado fue el primer catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México en exponer esta materia desde 1954 en el segundo curso de derecho civil de nuestra máxima casa de estudios); Maricruz Gómez De la Torre Vargas, *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 13.

La inseminación artificial en cualquiera de sus dos formas constituye una técnica, cuyo objetivo es salvar:

“...los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer.” La pareja puede ser infecunda por múltiples motivos, en ocasiones este problema atañe a la mujer, la cual sin ser estéril padece “...trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides, aplasia ovárica, atresias vaginales que impiden la introducción adecuada del pene, entre muchas otras”. Así, al no poderse superar estos padecimientos mediante tratamiento terapéutico se puede recurrir a este método. (⁹⁵)

El método de inseminación artificial en el que concurren los aportes genéticos de los cónyuges, es decir, un óvulo y un espermatozoide fértiles, se denomina inseminación homóloga, la cual tiene como objetivo facilitar el encuentro apto de los mismos para lograr la fecundación. (⁹⁶)

Por otra parte, se puede dar el caso de que la esterilidad provenga del marido, bien porque no tenga el número de espermatozoides necesarios para realizar la fecundación, o porque dichos espermatozoides no sean viables para la misma. En este supuesto, será necesario recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero, con lo cual dicha técnica aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar y por este motivo, se denomina a esta técnica inseminación heteróloga. (⁹⁷)

Independientemente, del tipo de inseminación artificial de que se trate, es decir, homóloga o heteróloga, existe entre ellas un denominador común:

“La fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino.” (⁹⁸)

⁹⁵ Eduardo Zannoni. *Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina*, Ed. Astrea, Argentina, 1978. p. 43; Cfr Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio... op. cit.*, pp. 274 y 275

⁹⁶ Cfr. Eduardo Zannoni, *Inseminación Artificial... op. cit.*, p. 44.

⁹⁷ Cfr. *Idem.*

⁹⁸ *Idem.*

El otro método con el que se busca remediar la esterilidad, es la fecundación extrauterina, la cual tampoco requiere de la relación sexual de un hombre y una mujer para procrear, necesitándose únicamente la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, obteniendo así el embrión, cuyo implante tendrá lugar en el útero de la cónyuge o de la madre gestante. (⁹⁹)

De acuerdo con lo antes señalado, la inseminación homóloga no presenta ningún problema dentro de las presunciones de la filiación habida dentro de matrimonio, cuestión que también ocurre en el caso del descendiente concebido mediante fecundación extrauterina durante el matrimonio, utilizándose un óvulo de la esposa y el espermatozoide del marido. En ambos supuestos, la exigencia biológica y la institucional de la filiación matrimonial se encuentran presentes. (¹⁰⁰)

En realidad, los problemas se presentan en los casos de inseminación artificial heteróloga y de fecundación extrauterina heteróloga, pues la filiación matrimonial se asienta en dos pilares: El primero de naturaleza biológica, es decir, el descendiente es de matrimonio, porque fue concebido por ambos cónyuges. El otro de naturaleza institucional, pues este es concebido durante el matrimonio. El primer fundamento implica una exigencia genética, el segundo una exigencia legal. El primer pilar tradicional queda desechado con los casos de inseminación artificial heteróloga y de fecundación extrauterina heteróloga.

Algunos casos de inseminación artificial heteróloga y de fecundación extrauterina heteróloga dentro del matrimonio, se pueden dar de la siguiente forma: a).- Fecundación con semen de un tercero en un óvulo de la esposa durante el matrimonio; b).- La fecundación con semen del marido en un óvulo que no es de la esposa e implantación ulterior del embrión en el útero de ella; c).- Fecundación con semen de un tercero en un óvulo que no es de la esposa e implantación del

⁹⁹ Cfr. Maricruz Gómez De La Torre Vargas, *op.cit.*, pp. 13, 16 y 17.

¹⁰⁰ Cfr. Eduardo Zannoni, *Inseminación Artificial...op.cit.*, p. 40.

embrión en el útero de ella; d).- Fecundación con semen del marido en un óvulo de la esposa e implantación del embrión en el útero de otra mujer. (¹⁰¹)

La aplicación de la tecnología no a la concepción, sino a la totalidad del proceso de la gestación de un ser humano, da lugar a que por primera vez en la historia, un individuo pueda ser descendiente hasta de cinco personas a la vez. En este caso, dos hombres y tres mujeres: el hombre que aporta el esperma, la mujer que aporta el óvulo, la mujer que alberga al producto en su seno durante la gestación y los cónyuges a quienes se considerará institucionalmente como los progenitores del mismo.

Pero el problema se complica más, si se tiene en cuenta que hasta el momento sólo me he referido a la inseminación artificial y a la fecundación extrauterina entre personas casadas, sin considerar la posibilidad de su aplicación en personas que no se encuentran unidas por vínculo matrimonial o bien, en personas solteras. Por ese motivo, el Maestro Flavio Galván Rivera propone un concepto más amplio para abarcar un mayor número de posibilidades.

Para este autor, la expresión fecundación o fertilización asistida, agrupa tanto a la inseminación artificial como a la fertilización in vitro. Definiendo estos tres métodos de la siguiente manera:

1. Fecundación Asistida.- Es el conjunto de técnicas o métodos y procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos, por personal profesional especializado.

2. Inseminación Artificial.- Es un método de fecundación asistida, que consiste en colocar los gametos masculinos en alguna parte de la vía genital femenina, generalmente después de realizar la correspondiente capacitación fecundante de los espermatozoides en el laboratorio.

¹⁰¹ Cfr. Eduardo Zannoni, *Inseminación Artificial...op.cit.*, p. 41.

3. Fecundación in vitro.- Es un método de fecundación asistida, que consiste en unir los gametos masculino y femenino extracorpóreamente, dentro de un laboratorio, mediante el uso de un tubo de ensayo, una caja de Petri o cualquier otro objeto idóneo para tal efecto positivo." (¹⁰²)

Tomando en cuenta esta última definición de inseminación artificial, puedo decir que la misma comprende a las parejas casadas y a las no casadas, así como a las personas solteras. En el caso de las parejas no unidas por vínculo matrimonial, también pueden tener lugar la inseminación homóloga y la heteróloga, sin embargo, en este supuesto de personas solteras, es más preciso hablar de inseminación artificial de mujer soltera o utilización del líquido seminal de hombre soltero. (¹⁰³)

Por otra parte, en cuanto a la fecundación in vitro o fecundación extrauterina, la cual tiene ocasión al fecundar un óvulo en un laboratorio de manera extracorpórea, para posteriormente implantar el embrión obtenido por este método en el útero materno, presenta grandes complicaciones en la práctica por la concurrencia de varias personas. Así, por ejemplo se puede presentar la presencia de hasta tres mujeres:

"...**la madre contratante**, que es quien solicita la donación del óvulo, **la madre biológica o genética** que lo proporciona y **la madre gestante, subrogada o delegada**, que acepta la implantación del embrión en su seno, lleva a cabo la gestación y sufre el parto." (¹⁰⁴)

De igual forma, la intervención masculina en la fecundación in vitro puede ser múltiple

"...tratándose de la mujer casada, se requiere **la autorización de su cónyuge para recurrir a la fecundación in vitro**; la participación del **donante** es imprescindible en este supuesto, si el esposo es estéril y es posible que intervenga **otro cónyuge**,

¹⁰² Flavio Galván Rivera. "La Inseminación Artificial en Seres Humanos y su Repercusión en el Derecho Civil". *Revista Jurídica de Posgrado*, México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, Publicación Trimestral. Año 1. No. 2. Abril- Junio de 1995. pp. 76 y 77.

¹⁰³ *Cjr Ibidem*, p. 77.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 78.

el esposo de la madre gestante, quien legalmente sería el padre del nuevo ser parido por su esposa.” (105)

Por otra parte, en cuanto a las disposiciones jurídicas relativas a las técnicas de reproducción asistida, se debe destacar que el Código Civil para el Distrito Federal, no establece expresamente la forma de determinar la filiación en estos casos. Esa determinación se puede deducir más bien indirectamente, de los preceptos relativos al uso de este tipo de métodos para concebir descendencia durante el matrimonio, los cuales se transcriben a continuación:

- **Artículo 162, segundo párrafo:** “Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”

- **Artículo 293, segundo párrafo:** “También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.”

- **Artículo 326, segundo párrafo:** “Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

- **Artículo 329:** “Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

- **Artículo 267 fracción XX:** Son causales de divorcio: “El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.”

De la interpretación de los preceptos antes transcritos, se pueden deducir varias cuestiones. La primera, resulta del hecho de que en el Código Civil para el Distrito Federal, no se distinguen los métodos de reproducción asistida, ni se prevé el uso de estos en personas libres del vínculo matrimonial, señalando como requisito para su utilización, el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

¹⁰⁵ Flavio Galvan Rivera, “La Inseminación Artificial...*op. cit.*, p. 78.

Respecto de dicho consentimiento expreso, la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, no establece la forma como deberá constar, no obstante atendiendo al vocablo “expreso”, según el artículo 1803 del Ordenamiento citado, el mismo deberá manifestarse verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

Por otra parte, los descendientes nacidos mediante el uso de los métodos de reproducción asistida durante el matrimonio, se consideran descendientes de los cónyuges, generándose entre los progenitores y el mismo, el parentesco de consanguinidad, sin que pueda existir duda respecto de su filiación, por la intervención de un componente biológico extraño a ambos.

Considero imprecisa la redacción del artículo 293 en su segundo párrafo, al establecer:

“...se da parentesco por consanguinidad en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan.”

Esto es aberrante, pues no puede generarse parentesco por consanguinidad, por el simple hecho de consentir en la reproducción asistida, en cuyo caso, dicho parentesco se generaría en relación con todos aquellos que intervinieron en la misma, es decir, el médico, las enfermeras, el director del hospital, entre otros.

Es preciso notar la existencia de una laguna en el Código Civil para el Distrito Federal, porque el legislador no previó el uso de las mismas en personas entre las cuales no existe vínculo matrimonial, pues éstas también pueden tener lugar entre quienes viven en concubinato o son solteros. No obstante, considero que el uso de las mismas en estos dos últimos supuestos, no se encuentran prohibidas en nuestra legislación, de conformidad con el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer en su tercer párrafo:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”

Este precepto, no limita la facultad de tener descendientes a ciertas personas, en función de características especiales como su edad, estado civil u otra situación de hecho o derecho, por ello, la misma garantía constitucional tienen tanto hombres como mujeres, independientemente de su estado civil y del tipo de método utilizado para la fecundación, ya sea, la relación sexual natural o los provenientes de los avances de la ciencia. (106)

Por otra parte, las disposiciones más avanzadas de nuestro país con relación a las técnicas de reproducción asistida, se encuentran en el Código Civil para el Estado de Coahuila. En dicho Ordenamiento, el artículo 482 define la asistencia médica para la procreación, como las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente, mediante la cual se permita la procreación fuera del proceso natural.

Este Ordenamiento, establece con fundamento en su artículo 483 que sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, siempre y cuando después de cinco años por razones biológicas no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles y para el caso de esterilidad o infertilidad médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 486, antes de iniciar el tratamiento, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno de ellos deberá ser de la Secretaría de Salud del Estado de Coahuila, la necesidad de someterse a ese tratamiento.

106 Cfr. Flavio Galván Rivera, "La Inseminación Artificial...op. cit., p. 83.

Igualmente, se deberá certificar la unión matrimonial o concubinaria de los destinatarios de estas técnicas; la circunstancia de no haber podido engendrar o concebir después de cinco años sin ser estériles o infértiles, o que siéndolo este hecho hubiera quedado diagnosticado médicamente; el haber obtenido información de la Secretaría de Salud respecto a las disposiciones legales sobre procreación asistida, la descripción de dichas técnicas y las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.

Atendiendo a lo antes expuesto, interesa destacar que todas las posibilidades ofrecidas por los métodos de fecundación asistida, hacen que cada día sea más necesaria la modificación del concepto tradicional de filiación, pues la inseminación artificial sea homóloga o heteróloga y la fertilización in vitro, han disociado hasta tal punto que la procreación cada vez es menor a través de la actividad sexual, dentro del matrimonio, fuera de él o en el caso de las personas solteras, ocasionando con ello problemas legales en la determinación tanto de la paternidad como de la maternidad. En este rubro se debe precisar, si ambas dependen primariamente de la genética, de la gestación, del estado civil de las personas, o del acuerdo de voluntades suscrito por las partes en escritura pública.

Este nuevo concepto de filiación adaptado a la nueva realidad científica, representará múltiples dificultades, porque si bien es cierto que con fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política Federal, no se limita el derecho de toda persona, sea hombre o mujer, ni la utilización de ciertos métodos para procrear, el Código Civil para el Distrito Federal, sólo permite la utilización de los métodos de reproducción asistida en personas unida en matrimonio, siendo más permisivo el Código Civil del Estado de Coahuila, pues también admite su uso en personas unidas en concubinato.

Por ello, la determinación de la paternidad y de la maternidad en el caso de la utilización de los métodos de reproducción asistida en el Código Civil para el Distrito Federal, depende del estado civil de las personas con fundamento en su artículo 162 segundo párrafo, mientras en el Código Civil para el Estado de Coahuila, esa determinación se establece en los artículos 483 y 486, en virtud de tres circunstancias: el estado civil de las personas; por haber sido concebido el descendiente durante el concubinato y por la suscripción del acuerdo de voluntades ante notario, en el cual se consiente en la utilización de estos métodos.

Finalmente, para terminar con esta exposición de los métodos de reproducción asistida en nuestro sistema jurídico, interesa destacar el actual atraso en el que todavía se encuentra la legislación mexicana en este rubro, pues aun cuando la Ley sustantiva civil del Estado de Coahuila, es el Ordenamiento jurídico del país más avanzado en esta materia, el mismo restringe la utilización de dichos métodos a quienes están unidos en matrimonio y concubinato, sin prever también su implementación entre quienes son solteros, lo cual como ya decía, no se encuentra propiamente limitado por el artículo cuarto de la Carta Magna.

Pero precisamente, como la utilización de estos métodos no se encuentra expresamente prohibida entre quienes son solteros, es indispensable en la actualidad una regulación específica al respecto, pues es inadmisibles que la legislación mexicana se encuentre a la zaga de cuestiones legisladas, desde hace más de 50 años en otros países. En este caso, me refiero en particular a Ley de Inseminación de Suecia de 1951, en la que desde ese año se contemplaba el derecho de la mujer soltera a ser inseminada, exigiéndosele únicamente la acreditación de los motivos para ello y su aptitud para educar y criar sola a su descendiente. ⁽¹⁰⁷⁾

¹⁰⁷ La Ley de Inseminación de Suecia referida, me fue proporcionada por el Dr. Ernesto Gutiérrez y González importante jurista mexicano, quien la obtuvo de la representación diplomática de México en Suecia y la mando traducir para hacerla del conocimiento de sus alumnos desde 1954, año en que inicia con la exposición de este tema en su cátedra de derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Igualmente, interesa destacar al respecto, que ya desde 1991 existe en nuestro país, un importante trabajo legislativo realizado por el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, en el Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León, pues en el artículo 377 del mismo, dicho jurista mexicano contempló todos los tipos de inseminación artificial que pueden actualizarse, ya sea, dentro del vínculo conyugal, durante el concubinato o en el caso de personas solteras, al siguiente tenor:

“Artículo 337.- Especies de la inseminación artificial en ser humano, y qué son.

La inseminación artificial en ser humano es:

A) Autoinseminación o inseminación homóloga, que es la que se práctica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa con el esperma de su esposo; también es de este tipo la que se practica en la concubina, con esperma de su concubino.

B) Heteroinseminación o inseminación heteróloga , la cual puede a su vez:

a).- De mujer que tiene celebrado Contrato de Matrimonio, o de Concubinato, y es inseminada con esperma de hombre diferente a su esposo, o a su concubino.

b).- De mujer soltera que es inseminada con esperma de un “tradens”.

c).- Teleinseminación, que es la que se practica con esperma en estado de hibernación, y que remite desde lugar fuera del territorio del Estado de Nuevo León, el esposo o el concubino, o un “tradens”, para ser aplicado a la esposa, la concubina o a una mujer soltera.”

La mención del Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León, elaborado por el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, en esta materia de inseminación artificial y fecundación in vitro, en cualquiera de sus formas, resulta imprescindible, porque constituye el primer antecedente legislativo de dicha materia en nuestro país, aun cuando el mismo no llegó a plasmarse en forma de Ley sustantiva civil para esa Entidad Federativa, pues gran número de diputados locales y funcionarios judiciales consideraron en su momento, que se trataba de un anteproyecto muy revolucionario.

Evidentemente en la actualidad, este tipo de argumentos no pueden seguir teniendo vigencia, porque a lo único que conducen es a mantener lagunas legislativas en materias que como ésta, generan importantes consecuencias jurídicas.

C.- La Filiación en el Supuesto de la Clonación Humana.

La clonación también denominada gemelaridad provocada, es una técnica de manipulación genética, a través de la cual se obtienen individuos genéticamente idénticos, a partir de un sólo individuo. ⁽¹⁰⁸⁾

Una definición más completa de la clonación o clonificación la aporta el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, al señalar:

“...ES LA REPRODUCCIÓN ASEJADA, QUE SE OBTIENE: A.- DE DESARROLLAR UN GRUPO DE CÉLULAS U ORGANISMOS IDÉNTICOS, O UN SOLO MIEMBRO DE DICHO GRUPO, PROPAGADOS A PARTIR DE UNA MISMA CÉLULA CORPORAL, (CASO DE LA “RAMITA” O “PIECITO”, O B.- LA FECUNDACIÓN QUE SE OBTIENE RETIRANDO EL NÚCLEO DEL ÓVULO NO FECUNDADO, Y SE SUSTITUYE POR EL NÚCLEO DE UNA CÉLULA NO SEXUAL DE UN ORGANISMO ADULTO, MASCULINO O FEMENINO, DESARROLLÁNDOSE ESTE ÓVULO COMO SI HUBIESE SIDO FECUNDADO POR UN ESPERMA, DANDO LUGAR A UN SER IDÉNTICO AL QUE APORTO LA CÉLULA ASEJADA.” ⁽¹⁰⁹⁾

De acuerdo con esta definición, su autor destaca que existen dos procedimientos de clonación:

El primero, es una técnica desarrollada en animales y vegetales que tiene por objeto reproducir especies genéticamente idénticas, a partir de la extracción de

¹⁰⁸ Cfr. Miguel Ángel Soto La Madrid, *Biogenética. Filiación y Delito*, Ed. Astrea, Argentina, 1990, pp. 243 y 244; Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Ed. Desalma, Argentina, 1995, p. 357.

¹⁰⁹ Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio...op. cit.*, p. 291.

cualquier célula de esos organismos. Normalmente, su utilización ha tenido la finalidad de mejorar dichas especies. (¹¹⁰)

El segundo procedimiento, aunque parte del primero es mucho más complejo, pues requiere en principio la existencia de dos células: una sexual y otra no sexual. Una vez que se han obtenido ambas, se les extraerá a cada una el núcleo, para después colocar en la célula sexual, el núcleo de la célula no sexual y obtener así, la célula sexual clonificada, la cual será implantada en un útero para su desarrollo, tal como ocurre en el caso de una fecundación in vitro. (¹¹¹)

Con este último procedimiento, se actualiza el nacimiento de un ser substancialmente idéntico, a aquél del que se extrajo el núcleo de la célula no sexual.

Esta técnica sin duda alguna, puede despertar la imaginación científica y de hecho así ha ocurrido, pues la posibilidad de su utilización ha sido prevista desde hace más de una década, por un equipo de investigadores suecos de la Universidad de Upsala, quienes han conseguido reactivar trozos de ADN tomados de la epidermis de la momia de un príncipe egipcio, que murió hace 2430 años. (¹¹²)

En este supuesto, no se resucitaría propiamente al príncipe egipcio, pero si se podría engendrar a su doble perfecto, bastando para ello, extraer la molécula de ADN de una célula de la momia y colocarla en el óvulo de una mujer, para luego implantar esa célula sexual clonificada en el útero de la misma, a efecto de que pueda dar a luz al bebe milenario.

¹¹⁰ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio* op. cit., p. 293; Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, op. cit., p. 357.

¹¹¹ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio* op. cit., pp. 296 y 297; Miguel Ángel Soto La Madrid, op. cit., p.244.

¹¹² Cfr. Miguel Ángel Soto La Madrid, op. cit., p.245.

Tal pareciera que nos encontramos ante una película de ficción científica, no obstante cada día es más factible la actualización de supuestos de esta naturaleza, pues aunque la práctica de la clonación sólo ha tenido lugar de manera pública en animales, como en el caso de la borrega Dolly, cuyo nacimiento tuvo verificativo en 1997, seguramente no tardará mucho su aplicación en la especie humana (aunque ya hay indicios de haberse aplicado). Por eso, es importante prever las consecuencias jurídicas que a través de la misma se generarían.

Sin duda alguna, la filiación sería una de las instituciones jurídicas que más impacto tendría con la clonación, pues esta técnica puede derivar la procreación de un individuo con las aportaciones genéticas de una sola persona.

Ante estas circunstancias, me planteo ¿Cuál podría ser la filiación de un individuo clonado con la célula sexual y la no sexual de una mujer casada, a quien posteriormente se implantara la célula clonificada en su útero, para el desarrollo de la gestación y el alumbramiento?

En tal supuesto, como las aportaciones genéticas provienen de ella y asimismo se actualiza el parto y la identidad del descendiente, es evidente la acreditación de los extremos de la filiación materna. Pero que sucede con su marido ¿Cual sería la relación con el hijo o hija de su cónyuge?, si el no hizo ninguna aportación genética. ¿Se le podría imputar la paternidad sólo porque nació durante el matrimonio?

Otro caso que se me ocurre, es el de un individuo clonado con células de dos personas distintas, es decir, si una aporta la célula sexual y la otra aporta la célula no sexual, para luego una vez clonificadas se implanten a una mujer, a efecto de que en ella se desarrolle la gestación y de a luz al producto.

En tal caso, ¿Quién es el progenitor o progenitores?, ¿Los que hicieron las aportaciones genéticas? ¿Quién de ellos? ¿El que aportó la célula no sexual, porque la fisonomía del individuo clonado sería exactamente igual a la esa persona o bien, sólo la madre gestante o todos ellos? En un supuesto de esta naturaleza, el descendiente podría tener hasta tres progenitores, de los cuales necesariamente uno de ellos sería la mujer a quien se implanto la célula clonificada, pero que pasaría si quienes aportaron tales células eran dos mujeres ¿Sólo tendría madres?, con este tipo de manipulaciones genéticas me parece que se disociaría por completo el núcleo familiar tradicional.

Aunque sólo esté especulando, estos casos podrían actualizarse y sus posibles repercusiones en materia de filiación serían sumamente complicadas, pues aun cuando la comunidad científica se ha manifestado en contra de su práctica en seres humanos, nadie puede asegurar que un momento dado no llegue a presentarse o ya se haya presentado y considero esa posibilidad fatal, porque podría contribuir al recrudescimiento del racismo, a tener descendientes por catálogo, al saberse de antemano el sexo y la fisonomía de los mismos y sobre todo, fomentaría la pérdida de la individualidad de los seres humanos, quienes ante todo somos únicos e irrepetibles.

Además, me preocupa otro aspecto, como es lo relativo a la huella genética, la cual hasta ahora ha sido considerada como irrepetible, pero en el caso de la clonación, es evidente que ese principio queda desechado, pues en estos supuestos el individuo clonado tiene exactamente o con mínimas variaciones, la huella genética de quien aportó el núcleo de la célula no sexual.

Por todas estas cuestiones antes manifestadas, me parece que en futuro no lejano va a ser necesario legislar también en materia de clonación, ya que la legislación no puede permanecer estática ante el desarrollo de este tipo de conocimientos científicos.

III. Presunción de Filiación.

Las presunciones de filiación se establecen en dos casos: en los descendientes habidos durante el matrimonio y en los nacidos durante el concubinato.

1.- Presunción de la Filiación Matrimonial.

La filiación matrimonial surge a partir del matrimonio y se establece, cuando el descendiente es concebido o nace dentro de los plazos determinados por la ley. Estos plazos tienen su antecedente en la Ley de las Doce Tablas, particularmente en la Tabla IV, se determinó:

“El término máximo de la gestación es de diez meses”.⁽¹¹³⁾

Sin embargo, ese plazo fue perfeccionado con posterioridad, al considerar el término mínimo de viabilidad que puede tener un ser humano, así como el término máximo de duración de la gestación.

Para los romanos, el descendiente concebido en *iustae nuptiae* era *iustus*, el cual debía haber nacido después de 182 días de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución, admitiéndose la posibilidad de que el marido reconociera como descendiente al nacido antes de los 182 días, pero en ningún caso se consideraba *iustus*, al nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio. (¹¹⁴)

Los plazos antes señalados son muy importantes, pues determinan la presunción legal de la filiación matrimonial, la cual ha sido recogida básicamente por todas las legislaciones civiles del mundo, incluso en el Código de Derecho Canónico de 1917, el Canon 1115 establecía:

¹¹³ Cfr. Mario Mojer, *La Ley de las Doce Tablas*. Publicación de la Universidad Nacional de la Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Argentina, 1994, p. 29.

¹¹⁴ Cfr. Juan Iglesias, *op. cit.*, p. 552.

“El matrimonio muestra quien es el padre, a no ser que se compruebe lo contrario con razones evidentes.

Se presume que son legítimos los hijos nacidos seis meses por lo menos después del día de la celebración del matrimonio o dentro de los diez después de la disolución de la vida conyugal.”

En la actualidad, el Código de Derecho Canónico de 1983 establece en el Canon 1138:

“El matrimonio muestra quien es el padre, a no ser que se pruebe lo contrario con razones evidentes.

Se presumen legítimos los hijos nacidos al menos 180 días después de celebrarse el matrimonio, o dentro de 300 días a partir de la disolución de la vida conyugal.”

Como es evidente, nuestra legislación de tradición romana y canónica recoge los plazos antes señalados, en todos los Códigos Civiles antecedentes de la actual legislación vigente.

Así, estos se contemplan en el artículo 169 del Código Civil de Oajaca de 1827 (sic); en el artículo 126 del Proyecto de Código Civil Mexicano de Justo Sierra de 1859; en el artículo 210 del Código Civil del Imperio Mexicano de 1866; en el artículo 275 del Código Civil de Veracruz-Llave de 1868; en el artículo 224 del Código Civil del Estado de México de 1869; en los artículos 314 y 290 y 291 respectivamente de los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884; en los artículos 143 y 144 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y en los artículos 324 y 325 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

De igual forma, se establecen las mismas presunciones de filiación matrimonial en los artículos 150 y 151 del Código Civil de la República de Guatemala; en los artículos 69 y 70 del Código de Familia de Costa Rica; en los artículos 179 y 180 del Código de Familia de Bolivia; en los artículos 1591 y 1592 del Código Civil Alemán y en el artículo 116 del Código Civil Español.

En todos esos preceptos, se determina que se presumen descendientes de los cónyuges, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, así como los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Agregando:

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

Estos plazos legales se fijaron en razón a los plazos de la concepción, pues habitualmente un ser humano tarda en su gestación 270 días en la mayoría de los casos, pudiéndose acortar o alargar ese tiempo por diversas circunstancias, consideradas biológicamente normales. Sin embargo, el tiempo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable no puede ser menor de 180 días, ni puede permanecer dentro del claustro materno más allá de los 300. Si llegado a ese límite máximo de embarazo no nace la criatura, se deberá intervenir médicamente a la madre extrayendo al producto, para darle la posibilidad de sobrevivir. (¹¹⁵)

Así, estos plazos legales de 180 y 300 días comprendidos en los antiguos Códigos Civiles, responden a la realidad biológica y se basan en los límites mínimo y máximo para que el descendiente pueda nacer vivo y viable.

En la actualidad, la redacción tradicional del precepto en el cual se contemplan las presunciones de ley respecto de quienes son los descendientes de los cónyuges, ha sido modificada en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal. Esta modificación, ha tenido lugar por la influencia de lo dispuesto en el artículo 74 del Código de Familia de la República de Cuba de 1975, en el que se señala:

¹¹⁵ Cfr. Theodor Kipp y Martin Wolff, *Derecho de Familia. Relaciones PaternoFiliales y Parentales. Tutela*, V.II, 20ª ed., Ed. Bosch, España, s.f, p. 2.

“Se presumirán que son hijos de las personas unidas en matrimonio:

- 1) Los nacidos durante la vida matrimonial;
- 2) Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias.”

Esta misma redacción, se encuentra contemplada en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, al siguiente tenor:

“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.”

De acuerdo con la fracción primera de los artículos anteriores, sólo se exige el nacimiento del descendiente durante el matrimonio de sus progenitores, por lo cual una mujer puede estar embarazada antes de casarse y una vez casada, se presume que el marido es el padre de su descendiente. En este sentido, la concepción no juega ningún papel decisivo, pues no importa si el mismo fue concebido antes o durante el matrimonio, simplemente se requiere su nacimiento durante la vigencia del mismo.

Desde mi punto de vista esta reforma es inadecuada, porque aun cuando hoy en día, es posible demostrar con un mínimo de error la paternidad de forma directa, a través de los adelantos de la medicina genética, no se debe ignorar el papel decisivo de la concepción y que la subsistencia de los períodos mínimos y máximos de gestación, en las presunciones tradicionalmente establecidas para determinar la filiación matrimonial, contribuyen en principio a evitar imputaciones falsas de paternidad, pues la mujer antes del matrimonio no tiene el deber de cohabitación y fidelidad con un hombre determinado y no basta demostrar la existencia de relaciones sexuales con el marido antes del matrimonio, sino también que éste haya sido el único con quien las tuvo, lo cual no se puede asegurar.

De igual forma, considero que lo establecido en las fracciones I de los artículos 74 del Código de Familia de la República de Cuba y 324 del Código Civil para el Distrito Federal, es contradictorio con el supuesto hipotético contenido en la fracción II de los mismos preceptos jurídicos, pues en estos últimos se presumen descendientes de matrimonio, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la extinción del vínculo matrimonial, ya sea, por nulidad, por muerte del marido o divorcio, siempre y cuando la excónyuge no haya contraído un nuevo matrimonio. En estas presunciones, si se contempla el periodo máximo de la gestación en diez meses, tiempo en que puede nacer un descendiente concebido mientras los ex cónyuges estaban casados, con lo cual es decisiva la concepción del mismo durante el matrimonio.

Atendiendo a lo anterior, debe destacarse que los legisladores de ambos Códigos cometieron un grave error, al no señalar el periodo mínimo de la gestación, ni conceder un papel relevante a la concepción del descendiente durante el matrimonio, en la primer fracción de los artículos 74 y 324 del Código de Familia de la República de Cuba y del Código Civil para el Distrito Federal respectivamente y sin embargo, establecer todo lo contrario en la segunda fracción de estos mismos preceptos, en las cuales si se contempla el periodo máximo de la gestación y se considera decisiva la concepción durante el vínculo matrimonial. Esto, además de constituir una contradicción, contribuye como he mencionado, a imputaciones falsas de paternidad, pues la mujer soltera no tiene como la casada el deber de cohabitación ni fidelidad.

A pesar de que las presunciones de filiación de los descendientes de matrimonio, restringen en alguna medida las imputaciones falsas de paternidad, éstas tampoco constituyen una garantía absoluta, pues se trata de presunciones *iuris tantum*, es decir, admiten prueba en contrario, porque sólo se fundan en la fe y la confianza de los cónyuges. De este modo, el padre puede no reconocer a un descendiente como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que según la ley, debió tener

lugar la concepción del mismo, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer.

Al respecto, el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que contra las presunciones de ley establecidas en el artículo 324 del mismo Ordenamiento legal, se admitirán como pruebas, las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas provenientes del avance de los conocimientos científicos.

De igual forma, el artículo 326 de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal, determina la imposibilidad del cónyuge varón para impugnar la paternidad de los descendientes alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son descendientes de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o demuestre no haber tenido relaciones sexuales, dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Igualmente ese precepto, restringe al cónyuge varón para impugnar la paternidad de los descendientes concebidos por su cónyuge durante el matrimonio, mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en la utilización de tales métodos.

Los dos artículos anteriores comprenden el mismo supuesto, es decir, la esposa debe haber tenido un descendiente dentro de los plazos legales para reputar la paternidad al marido. Sin embargo, la paternidad del marido no debe ser posible, por no haber tenido éste relaciones sexuales con su esposa en la época en la cual quedó encinta. Para este efecto, ambos preceptos señalan la ausencia de acceso carnal, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

El término establecido por el legislador en los artículos 325 y 326 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, en el cual se supone que el marido no tuvo relaciones sexuales con su mujer, obedece a razones biológicas, pues la diferencia entre trescientos y ciento veinte es de 180 días, tiempo mínimo para el nacimiento de un menor vivo y viable.

Por otra parte, con relación al último párrafo del artículo 326 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, mediante el cual se prohíbe la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos por técnicas de fecundación asistida durante el matrimonio, cabe destacar que la misma no puede ser impugnada, porque con fundamento en los artículos 162 y 329 del Ordenamiento legal antes señalado, la procreación a través del uso de este tipo de métodos, sólo puede ser llevada a cabo con la voluntad de ambos cónyuges. Es más, la falta de dicha autorización puede ser causal de divorcio, según lo dispuesto por el artículo 267 fracción XX.

Finalmente, respecto a las presunciones matrimoniales, en todos los casos de acuerdo con el artículo 330 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, el marido tendrá derecho a contradecir el nacimiento del descendiente de su mujer, deduciendo su acción, dentro de los sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.

El término señalado en el artículo antes citado, me parece inadecuado, porque considero que la acción no debe caducar y se debe dejar abierta la posibilidad de impugnar la paternidad en cualquier tiempo.

2.- Presunción de los Descendientes Habidos en Concubinato.

En el Derecho Romano, los descendientes habidos en concubinato seguían la condición de la madre; con posterioridad a través de la Constitución de Teodosio II y Valentiniano III y por la *per oblationem curiae*, dichos descendientes adquirieron también el estado de descendientes legítimos respecto del padre. (¹¹⁶)

A lo largo los Códigos Civiles antecedente de nuestra legislación civil vigente, no es posible encontrar disposiciones jurídicas en las que se determinen las presunciones de los descendientes habidos en concubinato. El Código Civil de Oaxaca de 1827 y el Proyecto de Código Civil Mexicano de Justo Sierra de 1859, ni siquiera mencionan ésta institución.

Por su parte, el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866; el Código Civil del Estado de México de 1869; los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870 y 1884 y la Ley de Relaciones Familiares de 1917, tampoco la regularon y sólo hicieron mención de la misma en los artículos 153, 175, 242, 228 y 77 sucesivamente, en el apartado relativo a las causales de divorcio.

En todos estos preceptos, se determinó que el adulterio de la mujer sería siempre causa de divorcio, no así en el caso del marido, a quien solamente se podía demandar la disolución del vínculo conyugal por adultero, cuando concurrieran ciertas circunstancias, las cuales fueron enumeradas en dichas disposiciones jurídicas, encontrándose entre ellas, la existencia de concubinato dentro o fuera de la casa conyugal.

De acuerdo con esto, se infiere en todas estas legislaciones, la confusión de la naturaleza del concubinato, porque si el cónyuge estaba casado, evidentemente no se podía encontrar en el supuesto de esta institución, pues la misma se

¹¹⁶ Cfr. Juan Iglesias. *op. cit* , p. 583.

constituye por un solo hombre y una sola mujer capaces, libres de matrimonio, sin impedimentos dirimentes no dispensables, quienes deciden hacer vida en común de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, con el objetivo de formar una nueva familia. (¹¹⁷)

De manera similar a los Ordenamientos antes citados, el Código Civil del Estado de Veracruz-Llave de 1868, también confundió la institución del concubinato, considerándolo como causal de divorcio, aunque de manera un poco más equitativa para la mujer, a la cual con fundamento en el artículo 228 se le concedió el derecho para entablar acción de divorcio, por causa de concubinato público del marido.

Ante estas circunstancias y dado que las Legislaciones civiles antecedentes de la vigente, no regularon el concubinato, las presunciones de filiación dentro de esta institución fueron inexistentes. No es sino hasta el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal de 1928, cuando se reconoce el concubinato como una forma peculiar de formar la familia y se establecen efectos jurídicos a favor de los concubenarios y sus descendientes, determinándose entonces las presunciones de filiación concubinaria.

En la actualidad, tanto en el Código Civil Federal como en los demás Códigos Civiles de las Entidades Federativas de nuestro país, se establecen las presunciones de filiación de los descendientes habidos en concubinato, en términos similares a las presunciones de filiación matrimonial, al determinarse que se presumen descendientes del concubinario y de la concubina, los nacidos después de 180 días de iniciado o dentro de los 300 siguientes a los que cesó la vida en común.

¹¹⁷ Cfr. Flavio Galván Rivera. *El Concubinato...* op cit , pp. 121 y 122.

No obstante, esa redacción varía en el Código Civil para el Distrito Federal, en cuyo artículo 383 se dispone:

"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos dentro del concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina."

Las presunciones establecidas en dicho precepto, son equiparables a las contenidas en el artículo 324 del mismo Ordenamiento jurídico, relativas a la filiación de los descendientes de matrimonio. Este hecho se debe a que la legislación ha pretendido equiparar la institución del matrimonio con el concubinato, lo cual es incorrecto, porque si bien el concubinato es un acto jurídico bilateral por el cual un hombre y una mujer capaces, libres de matrimonio, sin impedimentos dirimentes no dispensables, deciden hacer vida en común de manera permanente, con la finalidad de constituir una familia, también se debe destacar la distinta forma como se acreditan dichas instituciones.

El matrimonio se prueba automáticamente con el acta del Registro Civil respectiva, sin embargo, el concubinato no puede probarse de manera indubitante, pues la mayor parte de las veces, los medios de prueba sólo son indirectos, entonces, si la misma acreditación de su existencia puede ser objetada, de igual forma se presenta este problema, con las presunciones de filiación resultantes del mismo, pues no basta el establecimiento de términos, ya que, primero se debe acreditar la existencia del concubinato, su inicio o en su caso su terminación y luego, el nacimiento de esos descendientes durante el tiempo en el cual tuvo verificativo, o dentro de los trescientos días siguientes a la cesación de la vida en común.

De este modo, aunque de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, las presunciones de los descendientes habidos en concubinato sean iguales a las de los descendientes de matrimonio, en la práctica se presenta el problema de determinar la existencia, inicio o conclusión del concubinato, cuestión muy

importante para computar los términos referidos en las mismas. Esta problemática evidentemente, no ocurre en el caso de matrimonio, porque su existencia, inicio y conclusión, se comprueba con las actas del Registro Civil respectivas.

A este respecto, la única legislación civil de nuestro país que destaca este hecho, es el Código Civil de Puebla, en cuyo artículo 542 se determina que el plazo de los 180 días, se deberá contar a partir de aquél en el cual empezó la vida en común entre el concubinario y la concubina. No obstante, esta disposición sigue siendo ambigua, porque el problema no está en la determinación de términos, sino en la forma como deben acreditarse, pues los medios de prueba para ese efecto suelen ser indirectos.

Por otra parte, es importante señalar que aun cuando el Código Civil para el Distrito Federal, no establece la admisión de prueba en contrario en el caso de las presunciones establecidas en su artículo 383, considero la aplicación extensiva de ese principio a las mismas, cuando el concubinario pueda probar la imposibilidad de acceso carnal con su concubina, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Cabe esta posibilidad por dos motivos, primero, porque si ese mismo Ordenamiento lo prevé en los artículos 325 y 326 respecto de los descendientes de matrimonio, también es viable en el concubinato y segundo, porque la naturaleza de tales presunciones es *ius tantum* y admiten prueba en contrario.

IV. Investigación de la Filiación.

Todo ser humano hoy en día y por lo general es producto de la procreación, es decir, del ayuntamiento sexual entre un hombre y una mujer, por lo que necesaria e independientemente de su situación familiar, todo individuo tiene un padre y una madre, aunque estos o por lo menos alguno de ellos sean desconocidos. En este contexto, se presenta el derecho de toda persona para conocer su filiación, esto

es, su origen, su ascendencia precisa, el saber quien es la madre que lo alumbró y el padre que lo engendró, pues ello entraña consecuencias importantes en cuanto al *status* de descendiente, dando lugar a derechos y deberes inherentes a tal estado.

1.- Concepto.

La palabra investigar significa según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “Hacer diligencias para una descubrir algo”, por lo cual, el significado gramatical del vocablo “investigación de la filiación”, es realizar diligencias para descubrir la ascendencia precisa de una persona respecto de otra, es decir, indagar quien es el padre o la madre de alguien.

Desde el punto de vista jurídico, la investigación de la filiación se refiere al derecho de todo descendiente para ejercitar una acción ante los tribunales competentes, a fin de que sea declarada legalmente su filiación, cuando la misma no se encuentra determinada. Por ello, interesa destacar la falta de concordancia entre ambos significados, respecto de la parte actora, pues en la práctica todo descendiente que intenta la acción debe tener a su favor determinados indicios de la paternidad o la maternidad respecto de cierta persona, porque a través del juicio no pretende descubrir el vínculo filial controvertido, sino comprobarlo con base en los medios probatorios, en los cuales respalde su pretensión.

Así, es evidente que si el descendiente ignora su origen, deberá realizar una investigación previa para obtener pistas al respecto, pero esto será una práctica extrajudicial, porque al ejercitar su acción debe contar con indicios suficientes, sobre quien es su padre o su madre para poder intentar la acción.

No obstante, durante el proceso y de acuerdo con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el juez de lo familiar competente para dirimir la controversia, podrá valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, así como de cualquier cosa o documento perteneciente a las partes o a un

tercero, para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, con la única limitante de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral. Es más, esta facultad del juzgador en materia familiar se ejerce de oficio, pues el artículo 941 de la Ley adjetiva citada, señala a la letra:

“El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.”

De acuerdo con este precepto, es posible que el juzgador en materia familiar pueda ordenar para mejor proveer, las pruebas que estime convenientes para comprobar el nexo biológico entre el descendiente y el presunto padre o la presunta madre, con lo cual si se actualiza la concordancia entre el significado gramatical y jurídico de la investigación de la filiación, pues realmente el juez realiza las diligencias necesarias, para corroborar la certeza del nexo filial materia de la controversia.

2.- El Derecho del Descendiente Para Conocer su Filiación en el Ámbito Internacional.

El derecho de toda persona a saber su ascendencia precisa ha sido recogido desde el marco del Derecho Internacional, a través de diversos documentos, como por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la cual en su tercer principio señala:

“El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, dispone en su artículo 24 segundo párrafo:

“Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.”

De la misma forma, la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño de 30 de septiembre de 1990, aprobada durante la Cumbre Mundial a favor de la Infancia ese mismo año, establece en el artículo 15 que todos los menores tienen el derecho de conocer su identidad y de la misma manera, se han pronunciado las resoluciones del Parlamento Europeo A3-314/91 y A3-0172/92.

La Resolución del Parlamento Europeo A3-314/91 Sobre los Problemas de los Niños en la Comunidad Europea de 31 de diciembre de 1991, determina en su punto resolutivo 26, que los Miembros de Comunidad Europea deberán establecer en sus legislaciones nacionales, el derecho de los menores a conocer su filiación biológica y a ser informados en relación con cualquier diferencia genética y la heredabilidad de la misma.

La Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 Sobre una (sic) Carta Europea de Derechos Del Niño de 8 de julio de 1992, determina en su resolutivo 8.10, que todo menor tiene derecho a la protección de su identidad y deberá tener acceso a la información relativa a su origen biológico, con las limitaciones impuestas en las legislaciones nacionales, para la protección de los derechos de terceras personas, por lo que deberá determinarse las condiciones bajo las cuales se otorgará al menor dicha información, así como las condiciones necesarias para protegerlo de la divulgación de la misma, por parte de terceros.

Por otra parte, en cuanto al derecho de los descendientes adoptivos para conocer su filiación, la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional de 3 de diciembre de 1986, establece en su artículo noveno que los encargados de la atención del menor, refiriéndose a los progenitores adoptivos o a las instituciones públicas o privadas a cargo de menores, deberán reconocer su derecho para

conocer sus antecedentes familiares, exceptuando aquellos casos, cuyo conocimiento sea contrario a los intereses del menor.

De igual forma, el Convenio de la Haya número XXXIII Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 29 de mayo de 1993, dispone en su artículo 30 que las autoridades competentes del Estado al cual emigre el menor por razón de la adopción, deberán asegurarse de conservar la información relativa a su origen y en particular, la información respecto a la identidad de sus progenitores biológicos, así como la de su historia médica y la de su familia, debiendo incluir las legislaciones de cada Estado, el derecho del menor y de sus representantes para conocer esa información.

No obstante, el artículo 31 de dicho Convenio señala, que sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, los datos personales del menor, en particular aquellos referentes a su identidad; medio social; origen étnico; religioso y cultural; evolución personal y familiar; condiciones de educación; historia médica y la de su familia, así como sus necesidades particulares, no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron.

Lo establecido en los artículos 30 y 31 del Convenio de la Haya número XXXIII es contradictorio, pues si bien el primer artículo admite el derecho del menor y el de sus representantes, al acceso de la información relativa a su origen, la identidad de sus progenitores, su historia médica y la de su familia; el segundo precepto limita ese derecho, restringiendo su uso para fines distintos para los que se obtuvieron, es decir, sólo con relación a la adopción, por lo cual fuera de los trámites relativos a esta institución, no se tendrá acceso a los datos de la identidad del menor.

La limitación del derecho de los descendientes adoptivos para investigar su filiación, también es patente en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 29 de mayo de 1984, pues en dicho

Tratado se determina que deberá garantizarse el secreto de la adopción, cuando correspondiere, permitiendo no obstante su acceso a quien legalmente proceda, cuando ello fuere posible, pero sólo respecto de los antecedentes clínicos del menor y los de sus progenitores si se les conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos, mediante los cuales se permita su identificación.

En otro orden de ideas, relacionado con el derecho de los descendientes procreados a través de métodos de reproducción asistida para conocer su filiación, considero oportuno señalar lo dispuesto por una de las legislaciones más avanzadas en esta materia, esto es, la Ley 35/1988 de 11 de noviembre Sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España, la cual en su artículo quinto limita ese derecho, al establecer que la aportación de los gametos y preembriones será anónima, custodiándose los datos de identidad de quienes hicieron las aportaciones genéticas en el más estricto secreto, mediante clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes, por lo que los descendientes nacidos con la utilización estos métodos, sólo tienen la posibilidad de obtener información general de las personas que los aportaron, mientras no incluya su identidad, correspondiendo éste mismo derecho a las receptoras de los gametos.

Al respecto, cabe resaltar que es errónea la utilización de la palabra donante, al hacer referencia a un Registro Nacional de Donantes, porque la donación es un contrato que sólo puede presentarse entre personas determinadas y sólo se perfecciona desde que el donatario le hace saber al donador, la aceptación del bien o bienes transferidos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 618 y 623 de la Ley sustantiva civil española (Artículos 2332 y 2340 del Código Civil para el Distrito Federal).

Los artículos 618 y 623 del Código Civil Español, señalan a la letra:

Artículo 618. "La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta."

Artículo 623. “La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario.”

Por su parte, los artículos 2332 y 2340 del Código Civil para el Distrito Federal, disponen:

Artículo 2332. “Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.”

Artículo 2340. “La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador.”

De acuerdo con estos preceptos transcritos, resulta que sí una mujer es inseminada artificialmente con el semen obtenido de un banco de semen, necesariamente debe hacer saber la aceptación de la donación al donante. Sin embargo, esto no ocurre en la práctica, en virtud de que en esos bancos de semen se guarda estrictamente la identidad de quienes aportaron los líquidos seminales, precisamente para evitar la actualización de cualquier relación de filiación. Por eso, es erróneo pretender la tipificación de una donación.

Por otra parte, esa misma Ley 35/1988 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España, en su artículo quinto sólo señala como casos de excepción para conocer la identidad del progenitor genético, la existencia de circunstancias que comporten un comprobado peligro para la vida del descendiente, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales. En estos supuestos, podrá revelarse la identidad de quien aportó los gametos, siempre y cuando dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro, o para conseguir el fin legal propuesto.

En todo caso, esta revelación tendrá carácter restringido y no implicará de ninguna manera publicidad de la identidad del donante, asimismo con relación a dicha revelación, el artículo octavo en su párrafo tercero dispone, que la misma no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

CAPITULO SEGUNDO

LA PATERNIDAD

Introducción.

I. Concepto de Paternidad.

1.- Concepto.

- A.- Etimológico.**
- B.- Gramatical.**
- C.- Biológico.**
- D.- Jurídico.**

2.- La Potestad Paterna.

A.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

II. Imputación de Paternidad.

1.- Presunción de la Paternidad Durante el Matrimonio.

- A.- Código Civil Federal.**
- B.- Código Civil para el Distrito Federal.**

2.- Presunción de la Paternidad Durante el Concubinato.

- A.- Código Civil Federal.**
- B.- Código Civil para el Distrito Federal.**

III. Impugnación de la Paternidad.

1.- Acciones de Impugnación de Estado.

A.- Acción de Negación de la Paternidad Legítima o de Impugnación de la Legitimidad.

B.- Acción de Desconocimiento de la Paternidad o de Denegación de la Paternidad.

C.- Acción para Impugnar el Reconocimiento.

D.- Acción para Impugnar la Legitimación.

E.- Impugnación de la Paternidad de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida.

2.- Acciones de Reclamación de Estado.

A.- Acción de Reclamación de Descendiente de Matrimonio.

IV. Investigación de la Paternidad.

1.- Concepto.

A.- Gramatical.

B.- Jurídico.

2.- Regulación de la Investigación de la Paternidad en la Actualidad.

3.- La Investigación de la Paternidad en el Caso de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida.

4.- Trabajo de Campo Realizado en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Introducción.

En el capítulo anterior analicé la filiación, es decir, la relación derivada de la naturaleza o de la voluntad entre dos seres, de los cuales uno es el descendiente y el otro es el progenitor, por ello paternidad y maternidad son términos correlativos de la filiación, pues indican la relación de padre y madre a hijo o hija. En el presente capítulo, me referiré a la paternidad, esto es, el estado civil del padre respecto del descendiente.

En primer lugar, expondré las distintas acepciones del término paternidad, desde el punto de vista etimológico, gramatical, biológico y jurídico. Con posterioridad, en el segundo apartado del presente capítulo, analizaré el tema de la imputación de la paternidad, cuyo origen tiene lugar en la idea sostenida desde la antigüedad, respecto a la imposibilidad de acreditar a través de medios de prueba directos, la vinculación biológica de los descendientes con el padre, instituyendo por ello determinaciones jurídicas presuntas de filiación, cuando existe matrimonio entre los progenitores y en el caso del concubinato.

Como tercer punto, me referiré a la impugnación de la paternidad, es decir, al derecho del padre para combatir, contradecir o refutar su relación con el descendiente, el cual puede ser ejercido en limitadas circunstancias a través de las acciones de impugnación de estado, como son: A.- Acción de negación de la paternidad legítima o de impugnación de la legitimidad; B.- Acción de desconocimiento de la paternidad o de denegación de la paternidad; C.- Acción para impugnar el reconocimiento; D.- Acción para impugnar la legitimación. Como último tema en este apartado, abordaré la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, me enfocaré en la otra cara de la moneda respecto de la impugnación de la paternidad, esto es, las acciones de reclamación de estado, a través de las cuales se pretende acreditar el vínculo jurídico de la filiación. Con relación a las

mismas, analizaré en el tercer punto de este capítulo la acción de reclamación de descendiente de matrimonio, dejando al final la acción de investigación de la paternidad, para ser expuesta en el cuarto apartado del presente capítulo, por tratarse de la única acción que sólo compete a los descendientes nacidos fuera del matrimonio.

El análisis de la acción de investigación de la paternidad la dividiré a su vez en cuatro rubros, en los cuales expondré primero, su concepto desde dos perspectivas: gramatical y jurídica. En segundo lugar, lo relativo a la regulación actual de la investigación de la paternidad, tanto en el Código Civil Federal como en el Código Civil para el Distrito Federal. Como tercer punto, la investigación de la paternidad en el caso de los descendientes concebidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

En cuarto lugar y para finalizar, manifestaré los resultados del trabajo de campo que me permití realizar en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para indagar si a raíz de la reforma del Código Civil para el Distrito Federal, publicada el 25 de mayo del 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, misma que entró en vigor el primero de junio de ese mismo año, se han incrementado el número de juicios de investigación de la paternidad, toda vez que en la actualidad están expresamente permitidas las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos, como medios de prueba idóneos para acreditar el nexo paterno filial.

I. Concepto de paternidad.

1.- Concepto.

La paternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

A.- Etimológico.

La palabra padre procede del latín "*pater/patris*", la cual a su vez deriva del griego "*patér/patrós*", cuyo significado es padre. El vocablo es el mismo en griego, latín y sánscrito, por ello se infiere su procedencia en el tiempo en que los antepasados de los helenos, italianos e indos, aun vivían juntos en Asia Central. En principio, la idea de paternidad no se asociaba a esta palabra, pues la antigua lengua tenía otra tan antigua como *pater*, para designar al padre, dicha palabra era "*ganitar o genitor*". es decir, engendrador y también formaba parte de los idiomas de los griegos, romanos e indos. (¹¹⁸)

Así, la palabra *pater*, tanto desde el punto de vista religioso, como jurídico tenía un sentido diverso al conocido con posterioridad en las mismas culturas antiguas. En la lengua religiosa, se aplicaba a todos los dioses denominando de esta forma a Júpiter, Neptuno, Apolo, Baco, Vulcano y Plutón, a quienes los antiguos no consideraban sus progenitores, al contrario, pues siempre se pensó que el género humano existía antes de ellos. (¹¹⁹)

¹¹⁸ Cfr. Fustel De Coulanges Trad. por José Manuel Villalaz. *La Ciudad Antigua Estudio Sobre el Culto, El Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1978. p. 61

¹¹⁹ Cfr. *Idem*.

En la lengua del Derecho, el vocablo *pater* se aplicaba en varias situaciones, en algunos casos se utilizó para denominar aquellos que no dependían de otro y ejercían autoridad sobre una familia y sobre un dominio. Pero también con la misma, se denominó a quienes no estaban casados ni tenían descendientes e incluso, a quienes ni siquiera estaban en edad de contraer matrimonio. Los poetas muestran su adjudicación a cuantos se quería honrar, por ello no contenía la idea de paternidad, sino la de poder, autoridad o dignidad majestuosa. (¹²⁰)

Precisamente de la idea de poder, autoridad y dignidad majestuosa con la que se utilizaba esta palabra, posteriormente las culturas antiguas denominaron al padre con dicho vocablo, convirtiéndose poco a poco el mismo en su nombre más corriente, en virtud de la indudable potestad por él ejercida en la familia, así como por el sentimiento de veneración que se le tenía como pontífice y soberano de este núcleo. (¹²¹)

B.- Gramatical.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, paternidad significa:

“Cualidad de Padre”, mientras el vocablo padre tiene las siguientes acepciones: “Varón o macho que ha engendrado”; “Varón o Macho respecto de sus hijos”; “Cabeza de una descendencia, familia o pueblo.” (¹²²)

¹²⁰ Cfr. Fustel De Coulanges. *op. cit.*, pp. 61 y 62.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 62.

¹²² Real Academia Española. *Diccionario de la...op.cit.*, pp. 1116 y 1154.

C.- Biológico.

Si bien es cierto que todo individuo es descendiente de un padre y una madre, incluso cuando alguno de ellos o ambos sean desconocidos, la maternidad antecede necesariamente a la paternidad, pues este vínculo se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de una maternidad cierta, de igual forma, la determinación biológica de la paternidad se funda en una maternidad cierta. La maternidad resulta simplemente del parto, mientras la paternidad se deriva después de esta relación entre madre y descendiente. (¹²³)

D.- Jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, la paternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto, puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así, también la paternidad es la relación real o supuesta del padre con el descendiente. (¹²⁴)

En nuestra legislación, el único Ordenamiento jurídico en el que se define la paternidad es el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, cuyo artículo 184 dispone:

“La relación entre padre e hijo se llama paternidad.”

Desde el punto de vista doctrinal, la paternidad es el estado civil del padre respecto del descendiente engendrado por él o incorporado a su familia por un acto de voluntad. (¹²⁵)

¹²³ Cfr. José Álvarez Caperochipi, *Curso de Derecho de Familia*, T. II, Ed. Civitas, España, 1988, p. 67.

¹²⁴ Cfr. Felipe Clemente de Diego, *op.cit.* p. 342; Enrique Guglielmi, *op.cit.* p. 280; José Castán Lobeñas, *op.cit.*, p. 5.

¹²⁵ Cfr. Calisto Valverde y Valverde, *op.cit.*, p. 405.

El concepto de paternidad aportado por el Código Familiar del Estado de Hidalgo es muy amplio, pues se refiere simplemente a la relación entre padre y descendiente, sin distinguir la forma como se constituye esa relación, caso contrario sucede con la definición doctrinal, la cual es más específica al definir esa relación, como el estado civil del padre respecto del descendiente consanguíneo, es decir, al engendrado por él, así como el estado civil del padre respecto del descendiente adoptivo, aquél incorporado a su familia por un acto de voluntad.

2.- La Potestad Paterna.

A.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928.

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928, en la actualidad constituye el Código Civil Federal vigente y determina que la patria potestad sobre los descendientes, debe ser ejercida conjuntamente por ambos progenitores, debiendo imperar el respeto y la consideración mutuas, independientemente de su estado, edad y condición.

En dicho Ordenamiento, se establece que cuando por cualquier circunstancia dejara de ejercer la patria potestad alguno de los progenitores, corresponderá su ejercicio al otro y a falta de ambos progenitores, ésta institución recaerá en los ascendientes en segundo grado, es decir, en los abuelos. En este sentido, la ley no determina un orden específico, pues se faculta al juez de lo familiar para establecerlo, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso.

En cuanto a los derechos y los deberes de quienes ejerzan la patria potestad, se dispone la facultad de corregir y el deber de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los menores. Precisando, que esa facultad de corrección no significa en modo alguno, infligirles actos de fuerza en contra de su integridad física o psíquica.

Respecto de los bienes del descendiente, el Código Civil Federal los divide en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los adquiridos por cualquier otro título. Los primeros, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al descendiente, respecto de los segundos, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al descendiente, mientras la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a quienes ejerzan la patria potestad. Pero, si los bienes son adquiridos por herencia, legado o donación y el testador o donante disponen que el usufructo pertenezca al descendiente o se destine a un fin determinado, se deberá estar a lo dispuesto por los mismos.

La administración de los bienes del descendiente por quienes ejerzan la patria potestad, también está limitada, pues se prohíbe enajenar o gravar los inmuebles o muebles preciosos, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa la autorización del juez competente, debiendo este último tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto por el cual fueron enajenados o gravados y verificando, que el resto se invierta 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 juzgador deberá tomar las medidas necesarias para el aseguramiento de los bienes del menor.

La regulación de la patria potestad establecida en el Código Civil Federal, fue reproducida en su totalidad en el Código Civil para el Distrito Federal, por lo cual no haré referencia a la misma evitando repeticiones inútiles.

II. Imputación de paternidad.

Desde la antigüedad, la imputación legal de la paternidad atendió a la idea de que era imposible probar directamente la vinculación biológica de los descendientes con el padre, por lo cual se instituyó en principio una determinación jurídica

presunta a través de la máxima romana "*Pater es est quem iustae nuptiae demonstrant*", cuyo significado es: "Padre es quien demuestran las justas nupcias".

1.- Presunción de la Paternidad Durante el Matrimonio.

La imputación de paternidad tuvo inicialmente su origen en el matrimonio, institución a través de la que se designa el padre de un descendiente concebido por una mujer casada, mediante una doble presunción:

"la de que han existido relaciones sexuales entre la mujer casada y su marido, y la de que esta mujer no ha tenido relaciones con otros hombres más que con su marido..." ⁽¹²⁶⁾

Estas presunciones de cohabitación y fidelidad se fundan en los deberes, cuya observancia es recíproca entre los cónyuges dentro de esta institución.

Pero, no sólo fue importante establecer que el descendiente concebido durante el matrimonio tendría por padre al marido de su madre, pues también se hizo necesario determinar los límites extremos del embarazo. El primer antecedente a este respecto, se encuentra en el Derecho Romano dentro de la Ley de las Doce Tablas, en cuya tabla IV se señaló como término máximo de la gestación diez meses. (¹²⁷) Con posterioridad, aunque se siguió retomando este período, se perfeccionaron las presunciones de paternidad designando a su vez, el tiempo mínimo de la gravidez. (¹²⁸)

De tal forma, se determinó que el descendiente concebido en *iustae nuptiae*, sería aquel cuyo nacimiento hubiera tenido verificativo, después de 182 días de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a su disolución. ⁽¹²⁹⁾ Estos periodos han sido sumamente importantes, porque subsistieron casi

¹²⁶ Ambrosio Colin y H. Capitani, *op.cit.*, p. 517.

¹²⁷ Cfr. Mario Mojer, *op.cit.*, p. 29.

¹²⁸ Cfr. José Castán Tobeñas, *op.cit.*, p. 8.

¹²⁹ Cfr. Juan Iglesias, *op.cit.*, p. 552.

iguales a lo largo de la evolución histórica de la generalidad de las legislaciones civiles.

Los redactores del Código de Napoleón entendieron la importancia de los límites extremos de la gestación aplicados desde el Derecho Romano y pidieron al científico francés Fourcroy, que los corroborara a través de datos científicos, determinando éste la duración mínima en 186 días para los nacimientos prematuros y 286 para los tardíos. Con estos datos, los legisladores alargaron los límites con una doble finalidad, primero, para estar seguros de no privar a ningún descendiente de matrimonio de dicha calidad y segundo, de señalar cifras redondas de fácil uso. (¹³⁰)

Esta misma circunstancia fue llevada a cabo por los redactores del Código Civil Alemán, quienes determinaron que el tiempo de duración mínima y máxima del embarazo de acuerdo con la ciencia médica es de 181 días en el primer caso y de 302 en el segundo. (¹³¹) Como se puede apreciar, estos términos son casi iguales respecto a la generalidad de las legislaciones en las que se contemplan presunciones de paternidad matrimonial, basadas en los límites extremos de la gestación.

A.- Código Civil Federal.

El establecimiento de los plazos extremos del embarazo a través de los que se fija la duración mínima y máxima del estado de gravidez, constituyen junto con las fechas tanto del matrimonio como de la disolución de esta institución, dependiendo del caso, elementos esenciales en las presunciones de paternidad de la filiación matrimonial, pues de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil Federal:

¹³⁰ Cfr. Marcelo Planol y Jorge Ripert. *Op. cit.*, p. 575.

¹³¹ Cfr. Theodor Kipp y Marín Wolff. *op. cit.*, p. 2. Heinrich Lehmann. *op. cit.* p. 288.

“Se presumen hijos de los cónyuges:

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

Atendiendo al contenido de este precepto jurídico, la presunción de paternidad matrimonial se configura con la concurrencia de los siguientes requisitos:

a).- Filiación materna acreditada.

Para probar el vínculo biológico que une a la madre con el descendiente, deben acreditarse dos cuestiones: La primera, que la mujer a quien se reputa la maternidad haya dado a luz un descendiente y la segunda, que el descendiente cuya filiación materna se pretende acreditar, sea producto de ese parto.

b).- Matrimonio entre la madre y el marido a quien se atribuye la paternidad.

Una vez probada la maternidad, se requiere que la madre esté unida por vínculo conyugal con el padre, porque como ya se señaló anteriormente, desde la antigüedad la institución matrimonial ha favorecido al descendiente nacido de mujer casada, a través de la máxima romana "*Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*", fundada sobre los deberes de cohabitación y fidelidad que se deben los cónyuges entre sí.

c).- Nacimiento después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, ya sea, por nulidad, muerte del marido o divorcio.

Existiendo matrimonio, el descendiente debe haber nacido después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del mismo y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Estos términos responden desde la antigüedad y después de haber sido corroborados con posterioridad a través de estudios científicos, a los períodos mínimo y máximo de la gestación, en virtud de los cuales no es posible que el producto nazca vivo y viable antes de seis meses, ni tampoco que permanezca dentro del claustro materno más allá de diez meses, de lo contrario será necesario intervenir a la madre quirúrgicamente para extraerlo y darle la posibilidad de sobrevivir. (¹³²)

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 períodos 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.

Precisamente por este motivo, se requiere no sólo que el descendiente nazca durante el matrimonio, sino que también sea concebido durante el mismo, pues ello tiene como finalidad evitar dudas respecto de su paternidad, al no poderse asegurar la fidelidad de la mujer soltera con anterioridad a la unión conyugal y la existencia de relaciones sexuales únicamente con el individuo con quien contrajo matrimonio.

Aunque a este respecto, debe destacarse como excepción el artículo 328 del Código Civil Federal, mediante el cual se prohíbe al marido desconocer la paternidad del descendiente nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Aun cuando es evidente la concepción del mismo

¹³² Cfr. Theodor Kipp y Martin Wolff, *op. cit.*, p. 2

antes de la unión conyugal, claro está que dicha excepción, sólo puede presentarse en cuatro casos:

1.- Si se prueba que antes de casarse supo del embarazo de su futura consorte.- En este primer supuesto, quien se casa a sabiendas del embarazo de su futura consorte, es porque acepta la paternidad del descendiente que ella espera y casi siempre el matrimonio tiene precisamente por objeto, regularizar la relación entre el padre y la madre antes del nacimiento, de lo contrario, sería extraña la pretensión de casarse con una mujer conociendo su adulterio.

2.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y la firmó o en ella se contiene su declaración de no saber firmar.- En este caso, existe una declaración formal de paternidad, es decir, un reconocimiento entendiendo por él, el acto jurídico voluntario y declarativo, mediante el cual el marido exterioriza una realidad preexistente.

3.- Si ha reconocido expresamente por suyo al descendiente de su mujer.- Al igual que en el supuesto anterior, este caso se refiere a la declaración formal o tácita de paternidad, es decir, a un reconocimiento, esto es, el acto jurídico voluntario y declarativo mediante el cual el marido exterioriza una realidad preexistente.

4.- Si el descendiente no nació capaz de vivir.- En el último caso, resulta absurdo el desconocimiento de quien no fue viable y carece de estado y filiación, pues no se puede desconocer lo que no existe. (¹³³)

Fuera de los casos contemplados en el artículo 328 del Código Civil Federal, los descendientes nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, se consideran con fundamento en el artículo 354 de

¹³³ Cfr. Marcelo Planio y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 607 y 631; Ambrosio Colin y H. Capitant, *op. cit.* p. 529

este mismo Ordenamiento jurídico, como descendientes legitimados por el subsecuente matrimonio de sus progenitores.

No obstante, interesa referir que la legitimación no opera automáticamente, pues no por razón de la celebración del vínculo conyugal, el descendiente es de manera inmediata descendiente de ambos cónyuges, siendo necesario descartar su filiación respecto de otra u otras personas. Por ello, se requiere con fundamento en los artículos 355 y 359 del Código Civil Federal, el reconocimiento expreso del descendiente ya nacido o del que nacerá por parte de ambos progenitores, de manera junta o separada, antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él.

Por otra parte, es importante señalar que además de los plazos extremos de la gestación, establecidos en las presunciones de paternidad matrimonial contempladas en el artículo 324 del Código Civil Federal, este precepto también determina el momento a partir del cual se deben contar los periodos mínimo y máximo de la gravidez.

Así, el nacimiento del descendiente después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, se contará a partir de que los contrayentes manifiesten su consentimiento para unirse conyugalmente ante el Juez del Registro Civil. Esto implica por supuesto, la concepción del descendiente durante la unión conyugal, haciendo posible su nacimiento en un término de seis meses, considerado como el tiempo mínimo para la viabilidad del nacido prematuramente.

En cuanto al nacimiento de los descendientes dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea, por nulidad, muerte del marido o divorcio, el término se contará en el caso de muerte del marido, a partir del momento en el cual ocurra y en los supuestos de nulidad y divorcio, el mismo será computado, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial, en virtud del deber de los contendientes para habitar durante estos juicios

en domicilios separados. La configuración de esta presunción requiere la concepción del descendiente durante el matrimonio, teniendo verificativo su nacimiento después de la muerte del marido (descendiente póstumo), o de la disolución de la unión conyugal por divorcio o nulidad, favoreciéndose la gestación del descendiente con el término máximo de diez meses.

Aun cuando esta presunción, sólo favorece a los descendientes nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución matrimonial, computándose el término en los casos de divorcio y nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial, el artículo 327 del Código Civil Federal posibilita a la madre, al descendiente y al tutor de éste, para ejercitar la acción de reclamación de estado de hijo o hija, cuando el nacimiento haya tenido lugar después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional, prescrita para los casos de divorcio y nulidad.

Hasta este momento, sólo me he centrado en la imputación de paternidad matrimonial en el Código Civil Federal, por ello ahora referiré el Código Civil para el Distrito Federal. Dicho Ordenamiento jurídico fue reformado por la Asamblea Legislativa, mediante decreto publicado el 25 de mayo del año 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y aunque esta reforma es cuestionada por su inconstitucionalidad, no se debe perder de vista que la misma se encuentra vigente, cuestión por la cual estoy obligada a analizar su contenido y hacer énfasis en el distinto tratamiento previsto para la imputación de paternidad en esa Ley sustantiva civil, respecto del Código Civil Federal.

B.- Código Civil para el Distrito Federal.

En el Código Civil para el Distrito Federal, el artículo 324 establece a la letra:

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

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

La redacción de este precepto se puede encontrar de la misma manera en otras legislaciones civiles, ejemplo de ello son los artículos: 116 del Código Civil Español; 243 de la Ley 23.264 que desde 1985 sustituyó el Título II de la Sección II del Libro Primero del Código Civil Argentino y el 74 del Código de Familia de la República de Cuba.

En todos estos preceptos, la presunción de paternidad matrimonial se configura con la concurrencia de los siguientes requisitos:

a).- El matrimonio entre los progenitores.

El matrimonio es el vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, mediante el cual se crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente, con derechos y deberes recíprocos determinados por la propia ley. Dentro de esos derechos y deberes que tienen los cónyuges entre sí, la fidelidad y la cohabitación son esenciales para presumir la filiación de los descendientes habidos en esta institución y en especial para imputar la paternidad, cuestión expresada desde la antigüedad, a través de la máxima romana "*pater is est quem justae desmostrant*".

b).- El nacimiento del descendiente durante el matrimonio.

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, sólo exige el nacimiento del descendiente durante el matrimonio de sus progenitores, por lo cual una mujer puede estar embarazada antes de casarse y una vez casada, se presume que el marido es el padre de su hijo o hija. En este sentido, la concepción no juega un papel decisivo, pues no importa si el descendiente fue concebido antes o durante el matrimonio, simplemente se requiere su nacimiento dentro de esta institución.

c).- 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.

En esta presunción, sí se contempla el periodo máximo de la gestación en diez meses, pues el descendiente debe nacer dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Esto significa, que el mismo fue concebido mientras los excónyuges estaban casados, con lo cual es decisiva su concepción durante el matrimonio de los mismos, teniendo verificativo su nacimiento después de la muerte del marido (descendiente póstumo), o de la disolución de la unión conyugal por divorcio o nulidad.

Además, se destaca en la misma que para su actualización, la excónyuge no debe haber contraído un nuevo matrimonio, pues sí la madre contrae nupcias nuevamente dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de dicho matrimonio, el padre de su hijo o hija será quien sea su marido en ese momento, porque el nacimiento del mismo tendrá verificativo durante su nueva unión conyugal, de acuerdo con la fracción primera del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto al momento a partir del cual se computará el término de los trescientos días de disuelto el matrimonio, en el caso de muerte del marido se contará, desde que la defunción ocurra y en los supuestos de nulidad y divorcio, el mismo empezará a correr, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial, en virtud del deber de los contendientes para habitar durante estos juicios en domicilios separados.

Los requisitos antes señalados, constituyen los elementos de la presunción de filiación matrimonial y en especial de la imputación de paternidad durante el matrimonio, establecida en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

La redacción de este precepto me parece inadecuada, porque aun cuando hoy en día, es posible demostrar con un mínimo de error la paternidad de forma directa, a través de los adelantos de la medicina genética, no se debe perder de vista que el papel decisivo de la concepción y la subsistencia de los períodos mínimo y máximo de gestación, en las presunciones tradicionalmente establecidas para determinar la filiación matrimonial, contribuyen en principio a evitar imputaciones falsas de paternidad, pues la mujer antes del matrimonio no tiene el deber de cohabitar ni observar fidelidad respecto de un hombre cierto. Además, no basta demostrar la existencia de relaciones sexuales con el marido antes del matrimonio, sino también que este haya sido el único con quien las tuvo, lo cual no se puede asegurar.

De igual forma, considero que lo establecido en la fracción I del artículo 324 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, es contradictorio con el supuesto hipotético contenido en la fracción II de ese mismo precepto jurídico, pues de acuerdo con la fracción primera, no importa si el descendiente fue concebido antes o durante el matrimonio, simplemente se requiere su nacimiento dentro de esta institución. Sin embargo, conforme a la fracción segunda, el descendiente debe haber nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución matrimonial, contemplándose así el período máximo de la gestación en diez meses, tiempo en que puede nacer un descendiente concebido mientras los excónyuges estaban casados, con lo cual sí es decisiva la concepción del mismo durante el matrimonio.

De este modo, debe destacarse que el legislador del Código Civil para el Distrito Federal, cometió un grave error, al reformar el contenido de la fracción I del artículo 324, al no señalar el período mínimo de la gestación, ni conceder un papel relevante a la concepción del descendiente durante el matrimonio y no obstante, establecer todo lo contrario en la fracción II del mismo artículo, en el cual si se contempla el periodo máximo de la gestación y se considera decisiva la concepción durante el vínculo matrimonial. Esto, además de constituir una

contradicción, contribuye a imputaciones falsas de paternidad, porque la mujer soltera no tiene como la casada los deberes de cohabitación y fidelidad.

A pesar de que las presunciones de filiación de los descendientes de matrimonio, restringen en alguna medida las imputaciones falsas de paternidad, éstas tampoco constituyen una garantía absoluta, pues sólo se fundan en la fe y la confianza de los cónyuges, por lo cual admiten prueba en contrario. De tal forma, el padre puede no reconocer a un descendiente como suyo, si prueba haber estado en absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Se trata entonces de presunciones *iuris tantum*, es decir, aquellas que admiten prueba en contrario, aunque dicha prueba sólo puede resultar de los casos y en las condiciones determinadas por la ley, mediante el ejercicio de las acciones de impugnación de estado, las cuales serán analizadas en el siguiente apartado del presente capítulo.

Por otra parte, es importante destacar que también existe otro aspecto relevante con relación a la redacción de la fracción primera del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, pues la misma se encuentra íntimamente relacionada con la derogación del Capítulo III del Título Sexto del Libro Primero de dicha Ley sustantiva, el cual se denominaba “De la Legitimación”. Esta vinculación atiende a que antes de la reforma, el hecho de la concepción era determinante para presumir la filiación matrimonial e imputar la paternidad de los descendientes de matrimonio, quienes debían haber sido concebidos dentro del matrimonio de sus progenitores y su nacimiento debía haber tenido verificativo como mínimo, después de ciento ochenta días contados desde la celebración del mismo.

En la actualidad, la institución de la legitimación continúa vigente en el Código Civil Federal, en donde los descendientes concebidos antes del matrimonio válido o putativo de sus progenitores se denominan legitimados, en virtud del subsiguiente

matrimonio de aquellos. El *status* entre los concebidos durante el matrimonio y los concebidos con anterioridad al mismo es igual, pero su diferencia radica en el momento en que se encuentran sometidos a ese *status*, pues para los primeros es el de la concepción misma y para los legitimados el del matrimonio de sus progenitores.

De acuerdo con estos aspectos, es legitimado el descendiente concebido antes del matrimonio y nacido después de su celebración, teniendo tal calidad por el vínculo conyugal de sus progenitores, cuestión a la que erróneamente el Código Civil para el Distrito Federal, no concede ninguna importancia, pues el artículo 324 fracción I de dicho Ordenamiento, presume simplemente descendientes de matrimonio, los nacidos dentro del mismo, sin tomar en consideración la posible actualización de casos en los cuales, la madre se encuentra embarazada de un individuo distinto a la persona con quien contrajo matrimonio.

En apariencia, la subsistencia de la legitimación en el Código Civil Federal, es obsoleta, porque pudiera parecer que no hay necesidad de distinguir a los descendientes con la calidad supuestamente discriminatoria de legitimados, atendiendo a la época de su concepción, la cual podría no tener mayor importancia, si se celebra el matrimonio de los progenitores y el descendiente es fruto de ellos, pero ¿Cómo se puede asegurar con toda certeza que el mismo fue concebido por el marido de la madre, sólo porque ambos se hayan casado?

Lejos de considerar obsoleta la institución de la legitimación, esta da mayor certeza tanto a los progenitores como al descendiente, porque no por razón del matrimonio, este último es automáticamente descendiente de ambos. En este sentido, es necesario que no pueda ser considerado como hijo o hija de otro hombre, para lo cual antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, se requiere con fundamento en los artículos 355 y 359 del Código Civil Federal, el reconocimiento expreso del descendiente ya nacido o del

que está por nacer, por parte del padre o de ambos progenitores, de manera conjunta o separada.

La legitimación es importante por las consecuencias de derecho que se pueden generar, sobretodo porque aunque parezca anticuado, el momento de la concepción debe seguir siendo decisivo para la imputación de paternidad matrimonial y no por pregonar una supuesta modernidad, la legislación debe establecer iguales efectos para quien es concebido antes del matrimonio, como para el concebido durante la vigencia del vínculo conyugal, porque la mujer soltera no tiene como la casada deberes conyugales.

Además, tampoco por disposición de la ley debiera ser posible erradicar el reconocimiento expreso exigido para la legitimación, pues la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, presume que en virtud de la celebración del matrimonio, el descendiente concebido con anterioridad al mismo, es automáticamente hijo o hija de ambos cónyuges, de lo cual no se tiene ninguna certeza, pudiendo acontecer la concepción del mismo por una persona distinta del marido.

Así, la tendencia de considerar obsoleta, anticuada y carente de utilidad práctica la institución jurídica de la legitimación me parece inadecuada. Primero, porque es falso que resulta discriminatoria para los descendientes, pues a través de ella se generan iguales derechos y deberes entre progenitores y descendientes y la diferencia radica únicamente, en el momento en el cual quedan sometidos a los mismos, así para los concebidos durante el matrimonio de sus progenitores ese momento es el de la concepción, mientras para los legitimados es el del matrimonio de estos, después de su reconocimiento expreso por ambos progenitores.

En segundo lugar, porque la misma simplemente otorga mayor certeza de la filiación tanto para los progenitores como para los descendientes, contribuyendo a evitar imputaciones falsas de paternidad, en razón del papel decisivo del momento

de la concepción de estos, lo cual es muy importante por las consecuencias jurídicas que se generan.

2.- Presunción de la Paternidad Durante el Concubinato.

Tradicionalmente, se ha establecido que la forma moral de fundar la familia es el matrimonio, sin embargo, no es la única forma lícita de constituir la, ya que la misma también se puede fundar en el concubinato. (¹³⁴)

La palabra concubinato deriva de la raíz latina *concubinatus*, cuyo significado etimológico es: trato, vida marital de un hombre con una mujer. La unión concubinaria debe su denominación

“...a la *Lex Julia de Adulteriis*, dictada por el emperador Augusto en el año 9 de la era cristiana. En cambio, su amplia normativa jurídica se debe tanto a este ordenamiento imperial como a la diversa *Lex Papia Poppeae*, también dictada en el año 9 de la era cristiana, así como a la posterior compilación del emperador Justiniano, que, bajo el título “*de concubinis*” la reguló minuciosamente.” (¹³⁵)

El concubinato es una institución familiar muy antigua, en Roma aunque fue considerado un matrimonio de categoría inferior, no era deshonoroso para los concubinarios ni para sus descendientes, quienes tenían un padre conocido, pues implicaba una unión estable, duradera, reconocida por la ley, distinta de las relaciones pasajeras consideradas ilícitas. No obstante, la influencia de la Iglesia determinó el que fuera juzgado como un estado de vida pecaminoso e ilícito, al reputar sacramento al matrimonio y tenerlo por la única unión lícita. (¹³⁶)

¹³⁴ Cfr. Ramón Sánchez Meda. *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1991, p. 112; Guillermo Borda. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. T. I, 9ª ed. Ed. Perrot, Argentina, 1993, pp. 21 y 62.

¹³⁵ Flavio Galván Rivera, *El concubinato...op. cit.*, p. 13.

¹³⁶ Cfr. Eduardo Estrada Alonso. *Las Uniones Extramatraimoniales en el Derecho Civil Español*, 2ª ed., Ed. Civitas, España, 1991. p. 27; Julio López del Carril, *Legitimación de los Hijos Extramatraimoniales*. Ed. De Palma, Argentina. 1960, pp. 3 y 4.

Precisamente, por esa influencia del Derecho Canónico en los antecedentes de nuestra legislación civil, el concubinato no fue reconocido, sino hasta el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal de 1928, como una forma peculiar de formar la familia, lo que trajo como consecuencia la determinación de efectos jurídicos a favor de los concubenarios y sus descendientes, así como el establecimiento de las presunciones de filiación de los descendientes habidos dentro de esta institución, en el artículo 383 de este Ordenamiento legal.

A.- Código Civil Federal.

El artículo 383 del Código Civil Federal, señala a la letra:

"Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina."

De acuerdo con el contenido del artículo anterior, la presunción de filiación concubinaria requiere para su actualización de los siguientes elementos:

a).- La existencia del concubinato.

El Maestro Flavio Galván Rivera define al concubinato como el

"...acto jurídico unilateral, plurisubjetivo, de Derecho Familiar, por el cual un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimento dirimente no dispensable y con capacidad jurídica para celebrarlo entre sí, deciden hacer vida en común, de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, a fin de constituir una nueva familia o grupo social primario, sin la necesidad de satisfacer determinadas formalidades, ni requisito alguno de inscripción en el Registro Civil."
(¹³⁷)

¹³⁷ Flavio Galván Rivera. *El concubinato...* op. cit., pp. 121 y 122.

El autor de la definición antes transcrita, la analiza dividiendo sus elementos de la siguiente forma:

1.- Acto jurídico unilateral plurisubjetivo.

"Si por acto jurídico se entiende la manifestación o exteriorización de la voluntad, con la intención de generar consecuencias de Derecho, sancionada por una norma jurídica, resulta claro que el concubinato es un acto jurídico unilateral plurisubjetivo, toda vez que para su existencia se requiere, como elemento sine qua non, la manifestación de dos voluntades distintas pero coincidentes en su fin, cual es la convivencia para constituir una nueva familia, que recibe la sanción o aprobación del sistema normativo vigente." (¹³⁸)

2.- Acto jurídico de Derecho Familiar.

"...el concubinato, como causa, fuente o acto jurídico generador de la familia, no puede ser regulado como tal, es decir, en cuanto a sus elementos de existencia y requisitos de validez, sino por el Derecho Familiar, de manera inmediata, directa y exclusiva. Esta aseveración se sustenta, por supuesto, en la tendencia jurídica que postula la autonomía de esta rama del Derecho Privado, fundamentalmente frente al Derecho Civil, del cual emergió sin duda alguna, hasta evolucionar y alcanzar su actual independencia científica, teniendo presente que el contenido temático del Derecho Familiar es el origen, organización y disgregación de la familia." (¹³⁹)

3.- Unión heterosexual singular.

"Con independencia de su denominación y naturaleza jurídica, así como del carácter que la moral social atribuya al concubinato, resulta necesario insistir que, para su existencia jurídica y sanción legal, debe satisfacer el requisito fundamental exigido, por regla, a la unión matrimonial, que en la actualidad algunos se atreven a calificar como matrimonio tradicional, esto es, que se trata de una pareja heterosexual, invariablemente, sin excepción alguna, es decir, que la unión sea necesariamente entre un solo hombre y una sola mujer." (¹⁴⁰)

¹³⁸ Flavio Galván Rivera. *El concubinato...op. cit.*, p. 122.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 123.

¹⁴⁰ *Idem*

4.- Hombre y mujer libres de matrimonio.

¹⁴¹“No obstante, la simple singularidad de concubinario y concubina no resulta suficiente para que exista jurídicamente el concubinato, porque éste sólo se puede dar entre un hombre y una mujer que estén libres de matrimonio. Si el hombre o la mujer o ambos miembros de la pareja de convivientes están unidos jurídicamente con otra u otras personas distintas, en virtud del vínculo matrimonial, la posible vida en común que realicen entre sí no será concubinato, antes bien, probablemente sea calificada como ilícita, castigada incluso por los ordenamientos jurídicos civiles y penales que se consideren aplicables al caso concreto.” (¹⁴¹)

5.- Ausencia de impedimentos dirimentes no dispensables.

“Además de permanecer libres de matrimonio, el hombre y la mujer que quieran vivir en concubinato, deben tener plena capacidad y aptitud jurídica para celebrarlo entre sí en forma lícita, lo cual significa que no ha de existir impedimento matrimonial que afecte a alguno de los miembros de la pareja concubinaria o a ambos y cuya contravención pudiera ser suficiente para declarar la nulidad de su matrimonio, para el supuesto de que lo celebraran entre sí, a pesar del obstáculo legal. Lo anterior significa que, en el supuesto de que el hombre y la mujer tuvieran impedimento para contraer matrimonio entre sí, éste debe ser susceptible de dispensa, a fin de no constituir obstáculo insuperable para el concubinato.” (¹⁴²)

6.- Capacidad para contraer matrimonio.

“Tiene especial relevancia señalar que el hombre y la mujer, que decidan vivir en concubinato, deben satisfacer el requisito legal de capacidad jurídica necesaria para contraer matrimonio entre sí, lo cual resulta lógico, si se tiene en mente que el efecto del concubinato es, en esencia, el mismo que resulta de la celebración del matrimonio: dar origen a una nueva familia, por supuesto, con todas las consecuencias de Derecho que trae consigo este acontecimiento bio-socio-jurídico, fundar una nueva célula, unidad o grupo social primario.” (¹⁴³)

7.- Vida en común.

“Sin la conducta bio-socio-jurídica de la concubina y del concubinario, consistente en hacer vida en común, de vivir en el mismo domicilio, es decir, de convivir bajo el mismo techo y en el mismo lecho, el concubinato sería inexistente. Por tanto, es factible afirmar que los concubinos tiene para sí, de manera recíproca, simultánea, permanente, continua y sin excepción, el deber-derecho de cohabitar, de hacer vida

¹⁴¹ Flavio Galván Rivera, *El concubinato...* op. cit. p. 124.

¹⁴² *Ibidem*. p. 125.

¹⁴³ *Idem*.

común, porque precisamente a partir de esta conducta voluntaria y sólo de esta actuación bio-socio-jurídica querida, voluntaria y razonada, surge el concubinato.”⁽¹⁴⁴⁾ ;

8.- Unión seria, continua, estable y permanente.

“Para que exista el concubinato se debe satisfacer un elemento subjetivo insalvable. El hombre y la mujer deben tener la intención espontánea, real, auténtica, verdadera, cierta y firme de hacer vida en común; la cohabitación de hombre y mujer debe ser seria, madura, definitiva y meditada. En los miembros de la pareja concubinaria debe existir el ánimo incuestionable de formar, de una vez y para siempre, una nueva familia; de unir sus individualidades, esfuerzos y recursos, para llevar en común las cargas de la vida. Resulta no sólo pertinente sino indispensable reiterar que no es el concubinato un experimento para tomar una posterior decisión definitiva; no es el concubinato un matrimonio a prueba, tampoco se trata de una convivencia temporal para saber si el hombre y la mujer son compatibles entre sí, a fin de estar en posibilidad de transformar su unión informal en matrimonio jurídico.”⁽¹⁴⁵⁾

9.- Trato social y publicidad.

“Si el concubinato, considerado como situación jurídica permanente, que surge de la causa denominada concubinato-fuente o acto jurídico fundante de una familia, constituye un auténtico estado de familia o de Derecho, similar al que emerge del matrimonio, en su calidad de estado civil, resulta claro que la concubina y el concubinario se deben comportar en su diaria vida, social y jurídica, privada y pública, como genuina pareja heterosexual que ha asumido la decisión seria y definitiva de formar una nueva familia, una nueva célula social, de tal suerte que los demás miembros de la comunidad tengan el concepto creíble, fundado, razonado y sensato, de que ambos, concubina y concubinario, efectivamente integran una pareja estable, que constituye una nueva familia, tanto desde el punto de vista moral y social como jurídico y económico, con independencia de la naturaleza intrínseca y específica del vínculo de Derecho que los une.”⁽¹⁴⁶⁾

10.- Ausencia de formalidades y registros.

“Para la celebración del concubinato como acto jurídico, por regla, no se exige el cumplimiento de determinadas formalidades y menos aun se requiere como elemento indispensable su inscripción en el Registro del Estado Civil, el cual, en todo caso, debe ser opcional para los concubinos durante su vida concubinaria. Para que surja y exista el concubinato, en el mundo del Derecho, es suficiente el

¹⁴⁴ Flavio Galván Rivera, *El concubinato... op. cit.*, p.126.

¹⁴⁵ *Ibidem.* p. 127.

¹⁴⁶ *Ibidem.* p.129.

acuerdo de voluntades entre el hombre y la mujer; basta con la concurrencia de voluntades de la concubina y el concubinario, sumando al hecho bio-socio-jurídico esencial de la vida en común, bajo el mismo techo, con la satisfacción de los demás requisitos legales expuestos con antelación, sin que resulte indispensable la satisfacción de formalidad especial alguna." (¹⁴⁷)

Los elementos esenciales del concubinato señalados con anterioridad, conforme a la definición aportada por el Maestro Galván Rivera, deben cumplirse necesariamente para probar su existencia. Sin embargo, debe destacarse la enorme dificultad de acreditarlos en la práctica, pues dichos requisitos normalmente no pueden probarse de manera indubitable, dado que la mayor parte de las veces, los medios de prueba para ese efecto, sólo son indirectos.

De este modo, la primera problemática que se presenta en las presunciones de filiación concubinaria, es la acreditación de esta institución.

b).- El nacimiento del descendiente después de 180 días, contados desde que comenzó el concubinato.

Suponiendo que ha sido posible acreditar el concubinato, el nacimiento del descendiente debe tener verificativo después de los 180 días, contados desde el comienzo de esta institución. Este hecho representa el segundo problema para acreditar las presunciones de filiación concubinaria, porque tampoco puede probarse a través de medios indubitables, el momento a partir del cual los concubinos empezaron hacer vida en común de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, con la finalidad de constituir una familia.

No obstante, si ha sido posible probar ese inicio de la vida en común entre los concubinos, el nacimiento del descendiente debe tener lugar como mínimo, después de seis meses contados desde su comienzo, porque éste es el tiempo mínimo de gestación, para que el producto nazca vivo y viable. En este sentido, al igual que la presunción de filiación matrimonial establecida en la fracción I del

¹⁴⁷ Flavio Galván Rivera, *El concubinato ...op. cit.*, p. 130.

artículo 324 del Código Civil Federal, la concepción del mismo durante el concubinato tiene un papel relevante.

c).- El nacimiento del descendiente dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Esta presunción implica haber acreditado la existencia del concubinato, el momento a partir del cual estuvo vigente esta relación y la fecha en la que terminó la vida común entre los concubinos, lo cual como en los casos anteriores, representa el tercer problema de las presunciones concubinarias, pues esta última cuestión, sólo podrá probarse a través de medios de prueba indirectos.

En este caso, si ha sido posible comprobar la fecha en que cesó la vida en común entre los concubinos, el descendiente debe nacer dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de terminación del concubinato, atendiendo al tiempo máximo de la gestación. Como se observa, tal presunción es similar a presunción de filiación matrimonial determinada en la fracción II del artículo 324 del Código Civil Federal, por ello es necesaria la concepción del descendiente durante el tiempo en el cual sus progenitores hacían vida en común, teniendo verificativo su nacimiento después de concluida la relación concubinaria.

De acuerdo con este análisis, debe destacarse la similitud de las presunciones de filiación concubinaria establecidas en el artículo 383 del Código Civil Federal, con las determinadas para la filiación matrimonial en el artículo 324 de ese mismo Ordenamiento legal.

A continuación, me referiré a las presunciones de los descendientes habidos en concubinato en el Código Civil para el Distrito Federal, que aunque son similares a las establecidas en la Ley sustantiva civil federal, varían en un aspecto trascendente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 383 de aquél Ordenamiento jurídico.

B.- Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, señala a la letra:

“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 en común entre el concubinario y la concubina.”

Las presunciones de la filiación concubinaria fundamentadas en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, requieren para su actualización de los siguientes elementos:

a).- Existencia del Concubinato.

Como ya dije, en principio debe acreditarse la unión seria, no interrumpida, estable y permanente de un hombre y una mujer capaces jurídicamente, libres de matrimonio y sin impedimentos dirimentes no dispensables para celebrarlo, que mantienen una comunidad de vida, con el fin de constituir un núcleo familiar.

b).- El nacimiento del descendiente dentro del concubinato.

Habiendo acreditado la existencia del concubinato, el descendiente debe nacer dentro de esta institución, sin que ello requiera su concepción durante la vigencia de la misma, porque simplemente se requiere su nacimiento, mientras los concubinos mantienen entre sí una comunidad de vida.

Esta presunción es equiparable a la establecida en la fracción I del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, relativa a la filiación matrimonial y respecto de la cual ya he destacado su inadecuada redacción, porque si bien el nacimiento del descendiente debe tener verificativo durante el matrimonio de sus progenitores, no debe perderse de vista que antes de la celebración de esta institución, la mujer

soltera no tiene deberes conyugales con relación a un hombre determinado. Por ello, en el caso del concubinato me parece más grave aun la exigencia del nacimiento del descendiente, simplemente durante el tiempo de vigencia de la unión concubinaria.

En este sentido, si ya representa un problema acreditar la existencia de esta institución, a través de medios indubitables de prueba, la situación se agrava más, al no exigir la concepción del descendiente durante su vigencia, ni establecer el término mínimo de la gestación en esta presunción y sólo reputar descendiente de ambos concubinos, al hijo o hija nacido en el tiempo en el cual estos mantienen una comunidad de vida, porque no puede haber certeza de que la concubina haya tenido únicamente relaciones sexuales con el concubinario, antes del inicio de esa vida en común.

Más aun cuando, ni antes ni durante el concubinato, los concubinos tienen legalmente los deberes de cohabitación y fidelidad, (¹⁴⁸) en los cuales se basa la unión matrimonial y aunque es posible su cumplimiento, esto sólo depende del compromiso generado entre ellos, quienes tienen un libre arbitrio para observarlos. Por eso, me parece grave que por disposición de la ley, se repute al descendiente nacido durante esta relación como producto de ambos, cuando esto no puede asegurarse y sólo contribuye a imputaciones falsas de paternidad.

c).- El nacimiento del descendiente dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Para encontrarse en el supuesto hipotético establecido por esta presunción, se requiere haber probado la existencia del concubinato, el momento a partir del cual estuvo vigente y la fecha de terminación de la vida común entre los concubinos,

¹⁴⁸ Cfr. Henri Mazeaud *et. al.* Trad. por Luis Alcalá Zamora y Castillo, *Lecciones de Derecho Civil. La Familia, Constitución de la Familia*. Parte Primera. V III. Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1959, p. 323.

cuestiones todas ellas que sólo podrán acreditarse, a través de medios de prueba indirectos.

No obstante, suponiendo la posibilidad de comprobar la fecha en que cesó la vida en común entre los concubinos, el nacimiento del descendiente debe tener verificativo dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de terminación del concubinato, término con el cual se determina el tiempo máximo de permanencia del producto en el claustro materno. Esta presunción, es similar a la presunción de filiación matrimonial determinada en la fracción II del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, por ello es necesaria la concepción del descendiente durante el tiempo en que sus progenitores hacían vida en común, teniendo verificativo su nacimiento después de concluida la relación concubinaria.

Nuevamente, en el caso de estas presunciones de filiación concubinaria enfatizó en la similitud de las mismas, con las determinadas para la filiación matrimonial en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

El análisis realizado con anterioridad respecto a las presunciones de los descendientes habidos en concubinato y su relación con las establecidas para determinar la filiación matrimonial, tanto en el Código Civil Federal como en el Código Civil para el Distrito Federal, denota que los legisladores de los mismos han pretendido equiparar la institución del concubinato con el matrimonio, lo cual es incorrecto, porque en las nupcias la presunción de paternidad se debe esencialmente a los deberes de cohabitación y fidelidad que se deben los cónyuges entre sí y aunque es posible la observancia de los mismos en el concubinato, esto sólo depende del compromiso generado entre ellos, quienes tienen un libre arbitrio para observarlos.

Además, si bien es cierto que el concubinato es un acto jurídico por el cual un hombre y una mujer capaces jurídicamente, libres de matrimonio, sin la mediación de impedimentos dirimientes no dispensables para celebrarlo, deciden hacer vida

en común, de manera seria, no interrumpida, estable y permanente, con la posibilidad de formar una familia, también debe destacarse la distinta forma como debe acreditarse esta institución respecto al matrimonio. Este último, se prueba automáticamente con el acta del Registro Civil respectiva, mientras el concubinato no puede probarse de manera indubitable, pues la mayor parte de las veces los medios de prueba para ese efecto, sólo son indirectos.

De tal forma, si la misma acreditación de la existencia del concubinato puede ser objetada, lo mismo ocurre con las presunciones de filiación resultantes del mismo, sin que sea suficiente el establecimiento de términos mínimo y máximo de la gestación, pues primero se debe acreditar su existencia, su inicio o en su caso su terminación y luego, el nacimiento de esos descendientes durante el tiempo en el cual tuvo verificativo o bien, después de los ciento ochenta días contados desde su inicio, o dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Así, aun cuando por disposición de la ley se determinen presunciones de filiación iguales para los descendientes habidos en concubinato y para los de matrimonio, en la práctica no pueden ser probadas de la misma forma, por el problema que representa determinar la existencia, inicio o conclusión del concubinato, para acreditar con posterioridad los términos referidos en las mismas. Dicha dificultad evidentemente no ocurre en el matrimonio, porque su existencia, inicio y conclusión se comprueba con las actas del Registro Civil respectivas.

Por otra parte, es preciso señalar que el Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal, no establecen la admisión de prueba en contrario en los casos de las presunciones establecidas en sus artículos 383. No obstante, considero que debe hacerse extensivo este hecho respecto de las mismas, cuando el concubinario puede probar la imposibilidad de acceso carnal con su concubina, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, o bien, cuando el nacimiento se le haya ocultado o demuestre la imposibilidad de

acceso carnal con la misma, durante los diez meses que precedieron al nacimiento. Esto, en virtud de lo establecido por las Leyes sustantivas civiles citadas, en los artículos 325 y 326 respectivamente, en relación a los descendientes de matrimonio.

Siendo de esta forma, también las presunciones de la filiación concubinaria son presupuestos *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario, porque sólo se fundan en la fe y la confianza de los concubinos. De este modo, el concubinario puede no reconocer como suyo al descendiente de la concubina, si prueba la imposibilidad de haberlo engendrado.

III. Impugnación de la paternidad.

Impugnar la paternidad significa combatir, contradecir o refutar la relación del padre con el descendiente. Es un derecho concedido por la ley al progenitor masculino en limitadas circunstancias, establecidas a través de las acciones de impugnación de estado.

1.- Acciones de Impugnación de Estado.

Las acciones de impugnación de estado tienen por objeto modificar, excluir o extinguir, los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado de filiación que ostenta un individuo, por ser contrario a la realidad biológica. (¹⁴⁹)

Mediante estas acciones, se pretende establecer que un descendiente no tiene derecho al estado de filiación que en apariencia posee. (¹⁵⁰)

¹⁴⁹ Cfr. Nora Lloveras, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

¹⁵⁰ Cfr. Ambrosio Colin y H. Capitani, *op. cit.*, p. 626.

A.- Acción de Negación de la Paternidad Legítima o de Impugnación de la Legitimidad.

Esta acción tiene la finalidad de contradecir que el descendiente fue concebido durante el matrimonio de sus progenitores. (¹⁵¹) Por ello, está dirigida a destruir las presunciones legales contenidas en el artículo 324 del Código Civil Federal, así como la establecida en la fracción segunda del precepto del mismo numeral del Código Civil para el Distrito Federal, la cual se dispone en los mismos términos que en el primer Ordenamiento legal.

El artículo 324 del Código Civil Federal, señala a la letra:

"Se presumen hijos de los cónyuges:

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

El primer presupuesto de este artículo determina que el descendiente debió haber nacido dentro de los seis meses siguientes, al momento en el que sus progenitores se unieron conyugalmente y al ser dicho término, el tiempo mínimo considerado para que el producto nazca vivo y viable, supone necesariamente la concepción del mismo dentro de la unión matrimonial. La segunda presunción, la cual es igual, tanto en el Código Civil Federal como en el Código Civil para el Distrito Federal, requiere la concepción del descendiente dentro del matrimonio y su nacimiento dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, es decir, en el período máximo de la gestación computado en diez meses.

¹⁵¹ (Jf. Francesco Messineo, *op.cit.*, p. 132; Ambrosio Colin y H. Capitant. *op. cit.*, p. 667.

Por ello, los supuestos hipotéticos para ejercitar esta acción son: a).- El descendiente nacido antes de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, con lo cual queda excluida su concepción durante el vínculo conyugal y se trata más bien con fundamento en el artículo 354 del Código Civil Federal, de un hijo o hija legitimado, si ha sido reconocido expresamente por ambos progenitores, de manera conjunta o separada, antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él; b).- El descendiente nacido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, pues su concepción tampoco tuvo lugar mientras se encontraba vigente la unión matrimonial. (¹⁵²)

Tomando en cuenta que a través de la acción de impugnación de legitimidad, no se trata de excluir que el padre natural del descendiente sea el marido de la madre, sino la legitimidad del mismo, (¹⁵³) considero carente de sentido la interposición de esta acción, para el caso de aquél padre, quien teniendo la certeza de ser su progenitor biológico, pretendiera contradecir sólo la legitimidad del descendiente que habiendo nacido precozmente ha sido legitimado, pues por este hecho adquiere precisamente los derechos y deberes de hijo o hija de matrimonio, desde el día en que se celebró la unión conyugal entre sus progenitores, independientemente de que el reconocimiento efectuado por el padre se realizará, antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él.

Cuestión distinta sería, pretender contradecir la paternidad del descendiente nacido precozmente, pues en ese caso procedería la acción para impugnar la legitimación, misma que también se traduce en el derecho de impugnar el reconocimiento de aquél, efectuado antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él.

¹⁵² Cfr. Ambrosio Colín y H. Capitant, *op. cit.*, p. 643

¹⁵³ Cfr. Marcelo Planol y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 580.

Al contrario de lo anterior, si apreció importante la interposición de la acción de impugnación de legitimidad, en el supuesto de que el nacimiento del descendiente hubiera tenido verificativo después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, porque en este caso es evidente la imposibilidad de su concepción durante la unión conyugal. No obstante, puede presentarse la ocasión de que en ese lapso en el cual los todavía cónyuges estando separados de hecho y por orden judicial, en virtud de estarse ventilando los juicios de divorcio o nulidad, tuvieran intentos de reconciliación, restableciendo circunstancialmente su vida íntima, con la probable consecuencia de quedar encinta la mujer.

Ante esa posibilidad, el artículo 327 del Código Civil Federal, dispone que aun cuando el marido tiene el derecho de desconocer al descendiente 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, también la mujer, el hijo o la hija y su tutor, tienen derecho a imputar la paternidad al marido en tales casos, los cuales evidentemente se pueden actualizar, cuando se compruebe que el descendiente es el resultado de las relaciones sexuales circunstanciales, mantenidas por los excónyuges en el tiempo de la separación provisional de hecho y a pesar de la orden judicial de dicha separación, derivada de los juicios de divorcio y nulidad.

Por otra parte, en cuanto a la forma, el término y a los sujetos facultados para ejercitar esta acción de negación de la paternidad legítima de los descendientes nacidos después de trescientos días de la disolución del matrimonio, ésta con fundamento en el artículo 335 del Código Civil Federal, deberá realizarse mediante demanda ante el juez competente, pues todo desconocimiento realizado de otra manera es nulo.

Asimismo y de acuerdo con el artículo 329 de la Ley sustantiva civil federal, dicha acción puede ser promovida en cualquier tiempo, por la persona a quien perjudique la filiación. Esto significa que su ejercicio corresponde a cualquier

interesado y tal podría haber sido el interés del presunto padre o de los progenitores de este, quienes pretendieran evitar la concurrencia del descendiente en sus respectivas sucesiones, o en la de cualquier otro miembro de rama paterna. (¹⁵⁴)

Obviamente, la utilidad práctica de esta acción de impugnación de la legitimidad en la actualidad, no es igual que en el pasado, pues con anterioridad la porción de la herencia de los descendientes en la sucesión legítima estaba determinada por su condición de legitimidad o ilegitimidad, cuestión carente de importancia hoy en día, en que las legislaciones sustantivas civiles no distinguen a los descendientes en categorías por razón de su nacimiento, posibilitándolos a heredar en la misma proporción, cuando pueden acreditar su nexo filial con el autor de la sucesión.

B.- Acción de Desconocimiento de la Paternidad o de Denegación de la Paternidad.

Esta acción

“...no excluye la concepción del nacido durante el matrimonio, pero tiende a excluir que la paternidad se atribuya al marido de la madre del nacido, e indirectamente, también a excluir que él sea legítimo” (¹⁵⁵)

Por tanto, tal supuesto se actualiza cuando la cónyuge da a luz un descendiente dentro de los plazos legales para reputar la paternidad al marido, sin embargo, el marido no pudo ser quien lo engendró, por no haber tenido relaciones sexuales con su esposa en la época en que ésta quedó encinta. Por ello, el marido sólo puede contradecir su paternidad respecto de ese descendiente en tres situaciones excepcionales:

¹⁵⁴ Cfr. Marcelo Planol y Jorge Ripert. *op. cit.*, p. 582.

¹⁵⁵ Francesco Messineo. *op. cit.*, p. 133; Cfr. Marcelo Planol y Jorge Ripert. *op. cit.*, p. 580

a).- 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. (artículos 325 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal)

El término de trescientos días indica el período máximo de gestación, por lo cual la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su cónyuge, debe comprender todo el período legal de la concepción, es decir, los ciento veinte primeros días de los trescientos que precedieron al parto, la fijación de ese plazo responde a que la concepción debe haber ocurrido en un momento cualquiera de ese período.

La carga de la prueba para acreditar la causa de la imposibilidad física para cohabitar, durante esos ciento veinte días en que debió haber tenido lugar la concepción del descendiente, recae en el marido y puede ser por varios motivos: alejamiento del domicilio conyugal, trabajar en otra ciudad o país, por haber sido deportado, encontrarse en prisión, haber estado de viaje, o bien, en el caso de impotencia. En todos estos supuestos, será necesario comprobar la imposibilidad de todo encuentro con su cónyuge durante ese plazo legal.

En cuanto a la impotencia, debe descartarse aquella anterior al matrimonio, porque ésta con fundamento en el artículo 156 fracción VIII del Código Civil para el Distrito Federal, constituye un impedimento para la celebración de la unión conyugal y aunque es dispensable, debió haber sido conocida y aceptada por la cónyuge, de lo contrario, el matrimonio sería nulo. Siendo así, la única posibilidad de alegar esta causa, es en el caso de que haya sobrevenido después del matrimonio.

Pero aun cuando, la única causa para alegar la impotencia como imposibilidad física para cohabitar durante los ciento veinte días, en los cuales debió haber tenido lugar la concepción del descendiente, sea la de haber sobrevenido después

del matrimonio, no debe olvidarse que un matrimonio contraído mediando el impedimento de la impotencia es válido, hasta el pronunciamiento judicial de su nulidad, pues con fundamento en el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal, la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales únicamente serán destruidos retroactivamente, cuando se pronuncie por el juez dicha nulidad.

b).- En caso de adulterio de la cónyuge, cuando el nacimiento se le ha ocultado.

Los artículos 326 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, otorgan al marido la posibilidad de contradecir la paternidad en caso de adulterio de su cónyuge, cuando el nacimiento se le haya ocultado. Este precepto parte de la presunción, que si el nacimiento del descendiente o incluso el embarazo le han sido ocultados, es porque la madre tiene serias razones para ello, sino cual sería la causa para el encubrimiento, lo que también hace suponer la evidencia de su adulterio.

Antes circunstancias, es importante determinar la forma como deben acreditarse los extremos de esta causa de desconocimiento de paternidad. es decir, si basta probar el adulterio de la cónyuge o únicamente el encubrimiento del nacimiento, o bien, si es necesaria la comprobación de ambos aspectos.

Al respecto Henri, Léon y Jean Mazeaud, señalan que la prueba del encubrimiento es necesaria pero no suficiente, porque la mujer se pudo haber encontrado en este supuesto al presentarse varias circunstancias, entre ellas, la de haber ignorado el embarazo en sus comienzos, su intención de ocultarlo por la negativa del marido a tener descendientes, temiendo aquélla su cólera o por la necesidad de sustraerse a las maniobras abortivas que ante esa situación su cónyuge le aconsejaría. Por todos estos motivos, además de probar el encubrimiento, se deberán tomar en cuenta el adulterio u otros hechos, tales como: la desavenencia

entre los cónyuges, la ancianidad o la enfermedad del marido para justificar que no es el padre. (¹⁵⁶)

En este mismo sentido, Planiol y Ripert opinan que primero deberá probarse el encubrimiento, porque este justifica la actitud sospechosa de la madre respecto de la paternidad de su marido y no así el adulterio, pues no basta que la madre lo haya cometido para reputar la paternidad a su amante, sobre todo si las relaciones conyugales entre marido y mujer han continuado al mismo tiempo, en cuyo caso, no se sabe a quien atribuir la paternidad, si al marido o al amante. La acreditación del adulterio, sólo facilita la prueba de la falta de paternidad, si otros hechos la corroboran. (¹⁵⁷)

Así, la acreditación del adulterio por sí sólo no basta, pues no excluye la posibilidad de la paternidad del marido, siendo necesaria probar la ocultación del parto equiparada también a la ocultación del embarazo, pues en uno y otro caso, se revela una actitud culpable de la mujer, la cual no admite otra explicación más que está segura de que su descendiente no es de su marido. Precisamente por estos motivos, los artículos 326 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, no admiten el desconocimiento del descendiente por parte del marido alegando simplemente el adulterio de su cónyuge.

Además, en estos mismos preceptos se señala incluso, la imposibilidad del marido para efectuar el desconocimiento del descendiente aun cuando la madre declare que dicho hijo o hija no es de su esposo, pues el simple dicho de ésta puede ser sólo una provocación, cuyo objeto sea ofender al marido, causarle deshonra en un momento de disgusto o de coraje y no ser en verdad cierta. (¹⁵⁸)

¹⁵⁶ Cfr. Henri Mazeaud *et al.*, *op. cit.* p. 348 y 349.

¹⁵⁷ Cfr. Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 629.

¹⁵⁸ Cfr. Manuel Chávez Ascencio, *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 1992, p. 97; Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 629.

c).- En caso de adulterio de la cónyuge, cuando demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

El mismo artículo 326 del Código Civil Federal, también otorga al marido la posibilidad de contradecir la paternidad en caso de adulterio de su cónyuge, cuando demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con la misma.

En este caso, tampoco es suficiente probar el adulterio de su cónyuge, pues ello no excluye la posibilidad de la paternidad del marido respecto del descendiente de su mujer, por lo cual es necesario que el marido demuestre haber estado imposibilitado para tener acceso carnal con la misma, durante los diez meses anteriores al nacimiento. Este término, al comprender el período máximo de la gestación, descarta automáticamente la concepción del descendiente por el marido, excluyendo por tanto su paternidad.

Los artículos 326 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, relativos a las causas de desconocimiento de paternidad son similares, sin embargo, difieren en el término en el cual el marido no debió haber tenido acceso carnal con su mujer. Así, en el primer Ordenamiento, este deberá ser de diez meses anteriores al nacimiento, mientras en el segundo será, dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

El término de trescientos días indica el período máximo de gestación, por lo cual la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su cónyuge, debe comprender todo el período legal de la concepción, es decir, los ciento veinte primeros días de los trescientos que precedieron al parto, la fijación de ese plazo responde a que la concepción debe haber ocurrido en un momento cualquiera de ese periodo.

De este modo, el adulterio que puede fundar la acción contenida en los artículos 326 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, se trata del cometido durante la época en que el descendiente debió haber sido concebido, es decir, los diez meses anteriores al nacimiento en el primer Ordenamiento y dentro de los ciento veinte primeros días de los trescientos que precedieron al nacimiento en la segunda Ley sustantiva civil, pues si es anterior o posterior en nada influye sobre la paternidad del marido.

Por otra parte, en relación a la forma, los sujetos facultados y el término para ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad, de acuerdo con el artículo 335 del Código Civil para el Distrito Federal, deberá interponerse mediante demanda ante el juez competente, ya que todo desconocimiento practicado de otra forma es nulo.

En principio, su ejercicio corresponde al marido, porque él es el principal interesado y el único juez sobre su propia paternidad, al saber las relaciones sexuales que pudo mantener con la madre. Además, sólo a él le corresponde juzgar sobre la oportunidad del litigio como el jefe de la familia a la cual el pleito va a quebrantar, teniendo el derecho exclusivo de oponerse a la perturbación de la tranquilidad de su hogar, por alegaciones relativas a la irregularidad de un nacimiento.

En caso de interdicción del marido, la acción deberá ser ejercida por su tutor, si éste no lo hace, podrá hacerlo el cónyuge varón después de haber salido de la tutela, en un término de 60 días contados desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

Asimismo, de acuerdo con los artículos 332 y 333 del Código Civil para el Distrito Federal, los herederos del marido pueden desconocer la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre, cuando hubiere muerto incapaz, haya o no tenido tutor.

Cabe destacar, que los herederos están imposibilitados para impugnar la paternidad de un descendiente nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda, pero tendrán derecho de continuar el pleito entablado por él, si se encuentra pendiente el día de su fallecimiento. Ninguna otra persona, aunque sea pariente cercano puede por su propio derecho entablarla o continuarla después de la muerte del marido, cualquiera que sea su interés moral en ella.

La acción ejercitada por los herederos tiene distinto carácter a la entablada por el marido, pues éste generalmente obra en virtud de un interés moral, cuya preocupación directa y principal es el estado del hijo o hija en sí, abstracción hecha de toda otra consideración. Por el contrario, los herederos obran en la defensa de sus intereses pecuniarios, ya que no persiguen establecer el verdadero estado del hijo o hija, sino combatir las consecuencias derivadas del mismo en provecho de su patrimonio. (¹⁵⁹)

Igualmente, cabe señalar la distinta naturaleza de las sentencias dictadas en ambos casos, ya que para el marido la resolución emitida en un juicio de desconocimiento de la paternidad tiene efectos absolutos, mientras para los herederos es de efectos relativos, por lo cual, cada uno de ellos debe ejercitar la acción, pues la sentencia sólo surte efectos a favor o en contra de quienes figuraron en el pleito o lo renovaron en tiempo hábil. (¹⁶⁰)

En cuanto al término designado para interponer la acción de desconocimiento de la paternidad, éste con fundamento en los artículos 330 y 333 del Código Civil para el Distrito Federal, es de sesenta días. En el caso del marido, el mismo se contará desde que tuvo conocimiento del nacimiento, mientras para los herederos se computará desde el día en el cual el descendiente haya sido puesto en

¹⁵⁹ Cfr. Ambrosio Colín y H. Capitán, *op. cit.*, p. 648

¹⁶⁰ Cfr. Marcelo Planio y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 617.

posesión de los bienes del padre, o desde que estos se vean perturbados por él en la posesión de la herencia.

Como puede observarse, la acción de desconocimiento de la paternidad está supeditada a un plazo extremadamente corto, so pena de caducidad sino se ejercita y aun cuando, ha sido la voluntad del legislador evitar la incertidumbre de la filiación del descendiente por mucho tiempo, (¹⁶¹) debe destacarse que de todas formas la duda puede prolongarse indefinidamente, sobre todo porque el término no corre siempre desde el día del nacimiento.

Ante estas circunstancias, considero que el término establecido por la legislación para su ejercicio es insuficiente, más aun cuando en los casos de ocultación del parto o de ausencia del marido, este puede resultar sorprendido con la noticia del nacimiento y necesita tiempo para reunir pruebas y poder entablar la demanda.

C.- Acción para Impugnar el Reconocimiento.

El reconocimiento es el acto jurídico, cuya finalidad es establecer un vínculo de filiación, por ello es preciso distinguir la diferencia entre las acciones de impugnación y nulidad del reconocimiento.

La acción de impugnación del reconocimiento ataca el contenido del acta del Registro Civil, en la cual se declaró la paternidad o maternidad de un individuo, es decir, controvierte el presupuesto biológico implicado en la misma: el nexo biológico determinado por la procreación entre reconociente y reconocido. (¹⁶²)

¹⁶¹ Cfr. Marcelo Planjot y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 620.

¹⁶² Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T II...*op. cit.* p. 446.

A diferencia de la anterior, en la acción de nulidad no está en juego ni se discute si el reconociente es en verdad el padre o la madre del reconocido, pues su objeto es atacar la validez sustancial del acta del Registro Civil, en la cual se contiene el reconocimiento. En este caso, existe un vicio sustancial que impide la eficacia de dicho acto jurídico. (¹⁶³)

La distinción es trascendente, porque la anulación del reconocimiento no impide en el futuro un nuevo reconocimiento mediante acto válido, sin embargo la sentencia a través de la cual se resuelve la impugnación del reconocimiento, puede declarar inexistente el nexo biológico que determina la procreación y como consecuencia, destruir retroactivamente el vínculo de filiación establecido por el reconocimiento, imposibilitando su inscripción nuevamente. (¹⁶⁴)

Así, la acción de impugnación del reconocimiento se puede definir como:

“...la acción de estado de desplazamiento por la cual se niega que el reconociente sea el padre o la madre del reconocido y que, de prosperar, deja sin efecto el título de estado que, mediante el reconocimiento, se obtuvo, o en su caso, impide su inscripción en el Registro Civil.” (¹⁶⁵)

El derecho para impugnar el reconocimiento y el término para realizar esa impugnación, de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal corresponde:

a).- Al descendiente, quien indiscutiblemente tiene interés en probar su verdadera filiación, independientemente de todo problema de sucesión.

¹⁶³ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II...*op.cit.*, p.446.

¹⁶⁴ Cfr. *Idem*, Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 665.

¹⁶⁵ Cfr. Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 448.

En este sentido, los artículos 375 y 379 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, señalan que no se puede reconocer al descendiente mayor de edad sin su conformidad, salvo el supuesto en que sea reconocido por testamento. De igual forma, tampoco se podrá reconocer al menor de edad sin la autorización de quien ejerza la patria potestad, ni al que esté en estado de interdicción sin la aprobación de su tutor, si lo tiene o del tutor nombrado por el juez familiar especialmente para el caso. No obstante, en ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia, para privar de ella al menor reconocido.

En el supuesto del reconocimiento realizado a un menor de edad, además de su madre, cuando no se obtuvo su conformidad para efectuarlo, siendo ella quien ejerce la patria potestad sobre el mismo, tienen derecho de impugnarlo también durante su minoría de edad, tanto el ministerio público, cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor, como la persona que lo cuida o ha cuidado como si fuera descendiente suyo, según lo dispuesto en los artículos 368 y 378 del Código Civil para el Distrito Federal.

El término para ejercitar la acción no se encuentra previsto en el caso de que sea la madre o el ministerio público, quienes la interpongan, pues el artículo 378 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, relativo al derecho de impugnarlo por la persona que cuida o ha cuidado al menor como si fuera hijo o hija suyo, sólo señala el término de sesenta días, contados a partir del momento en el cual tuvo conocimiento de dicho acto jurídico. Por ello, la pregunta obligada es si dicho término es extensivo también para los anteriores o si en esos supuestos, el límite para realizar la impugnación, es la mayoría de edad del descendiente.

Para el caso de que el reconocimiento no haya sido impugnado durante la minoría de edad del descendiente, el artículo 376 de la Ley sustantiva civil señalada, prevé la posibilidad de impugnarlo cuando éste llegue a la mayor edad. El término para deducir esta acción será de dos años, contados desde que el hijo o hija sea mayor

de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento y si no la tenía, el término corre desde la fecha en que lo supo.

En cuanto a la impugnación del reconocimiento por parte del descendiente mayor de edad, aunque la Ley sustantiva civil del Distrito Federal no la prevé expresamente, considero la posibilidad de éste para promoverla, en virtud de que no se puede atribuir con carácter definitivo a nadie una paternidad o una maternidad falsa, en cuyo caso, también podrá hacerlo en el término de dos años contados desde que tuvo noticia del reconocimiento.

b).- Al autor del reconocimiento, aun cuando el artículo 367 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el reconocimiento no es revocable por quien lo hizo. En este caso, existe una razón decisiva para consentir la impugnación por su autor cuando es falso y es la de que el estado civil de una persona, es de orden público y una falsedad no puede nunca atribuir a nadie con carácter definitivo, una paternidad o maternidad falsa. (¹⁶⁶)

Lo anterior, no quiere decir que se derogue el principio de irrevocabilidad del reconocimiento, porque impugnar no es retractarse, no se trata de revocar por simple declaración el acto jurídico que está de acuerdo con la verdad, sino en demostrar su falsedad. (¹⁶⁷)

c).- A la persona del mismo sexo que el autor del reconocimiento, quien reclame para sí el carácter de padre, cuando aquél se hubiere efectuado indebidamente o para el sólo efecto de excluirlo.

:

¹⁶⁶ Cfr. Marcelo Planoi y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 662.

¹⁶⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 662 y 666

Este supuesto, implica el reconocimiento del descendiente por una persona diversa a su padre biológico, ya sea la pareja de la madre, algún pariente de la rama materna u otro varón que pretenda atribuirse su paternidad. Por eso, en este caso pueden existir dos reconocimientos contradictorios y el interés de cada uno de sus autores, será anular el del contrario y corresponderá a ambos la acción de impugnación del reconocimiento efectuado por el otro, (¹⁶⁸) para probar cada uno el nexo filial con el descendiente.

Este caso, no sólo puede dar lugar al ejercicio de una acción civil, sino también de una acción penal, tal como lo contempla el artículo 203 fracciones primera y sexta del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, relativo a los delitos contra el estado civil, el cual señala a la letra:

“Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

I. Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda.

V. Usurpe el estado civil o la filiación de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan.”

d).- Al tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, podrá contradecirlo en vía de excepción.

Los terceros afectados por el reconocimiento efectuado ilegalmente pueden ser: los herederos, donatarios y legatarios del autor del reconocimiento, quienes después de su muerte están facultados para impugnarlo, en virtud de que todos ellos tienen un especial interés pecuniario, en excluir al descendiente de la sucesión o evitar la acción de reducción que el hijo o hija reconocido pudiera entablar contra ellos. (¹⁶⁹)

¹⁶⁸ Cfr. Marcelo Planiol y Jorge Ripert. *op. cit.*, p. 663

¹⁶⁹ Cfr. *Idem*.

Asimismo, dentro de este supuesto se pueden encontrar cualquiera de los ascendientes o colaterales del autor del reconocimiento, porque aunque no tienen un interés pecuniario, tienen un interés moral en que no se dé su nombre a un extraño, es decir, buscan proteger el honor de la familia. (¹⁷⁰)

En los casos señalados en los incisos b, c y d, el ejercicio de esta acción es imprescriptible, a menos que la impugnación tenga por objeto un interés pecuniario, porque en ese caso no podrá ejercitarse si dicho interés ya prescribió. (¹⁷¹)

A este respecto, considero inequitativo el que la ley establezca un término de dos años para que los descendientes ejerzan esta acción impugnativa y deje abierto dicho plazo para los demás interesados, pues quien en la mayoría de las ocasiones se ve perjudicado con la impugnación es el hijo o la hija. En este sentido, lo conveniente sería exigir el mismo término para los demás, contándolo desde que dichos interesados se vean perjudicados por el reconocimiento, o bien, determinar la imprescriptibilidad para todos.

Finalmente, cabe decir que la prueba en la cual se haya sustentado la impugnación del reconocimiento, se traducirá en la acreditación de circunstancias excluyentes de la paternidad o maternidad biológicas y siendo así, al quedar cabalmente demostrado el nexo biológico, éste servirá de sustento simultáneamente para el ejercicio de otras dos acciones con las que se encuentra vinculada aquélla, es decir, la de impugnación de la legitimidad y la de desconocimiento de la paternidad, (¹⁷²) las cuales también pueden ser ejercitadas en primer lugar, para posteriormente impugnar el reconocimiento.

¹⁷⁰ Cfr. Marcelo Planio y Jorge Ripert. *op. cit.*, p. 663.

¹⁷¹ Cfr. *Ibidem*, p. 665.

¹⁷² Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil: Derecho de familia*, T. II .. *op. cit.*, pp. 450 y 451.

D.- Acción para Impugnar la Legitimación.

La legitimación es un beneficio por el que el legislador confiere a un descendiente concebido antes del matrimonio y nacido después de su celebración, el carácter de hijo o hija nacido dentro de esta institución, con todas sus consecuencias, por el hecho de la subsecuente unión conyugal entre sus progenitores. (¹⁷³)

Sin embargo, no por razón del matrimonio celebrado entre los presuntos progenitores, el descendiente es automáticamente hijo o hija de ambos, pues es necesario que no pueda ser considerado como descendiente de persona distinta al marido de la madre. Por ello, se requiere con fundamento en los artículos 355 y 359 del Código Civil Federal, el reconocimiento expreso del descendiente ya nacido o del que nacerá, por parte de ambos progenitores, de manera conjunta o separada, antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él.

Como ya he señalado en otros apartados del presente trabajo de investigación, la subsistencia de la institución de la legitimación en el Código Civil Federal, ha sido considerada absurda, porque pudiera parecer que ~~no hay necesidad de distinguir~~ a los descendientes con la calidad supuestamente discriminatoria de legitimados, atendiendo a la época de su concepción, la cual podría no tener mayor importancia, si se celebra el matrimonio de los progenitores y el descendiente es fruto de ellos, pero como se puede asegurar con toda certeza que el hijo o hija fue concebido por el marido de la madre, sólo porque ambos se hayan casado.

La pretensión de considerar obsoleta la legitimación es ignorar la posible actualización de casos en los cuales, la madre se encuentra embarazada de un individuo distinto a la persona con quien contrajo matrimonio. Precisamente por estas circunstancias, es preciso otorgar al presunto padre la posibilidad de impugnar la legitimación del descendiente, cuestión que se traduce en el derecho

¹⁷³ Cfr. Marcelo Planiol y Jorge Ripert. *op. cit.*, p. 737; Ambrosio Colin y H. Capitani, *op. cit.*, p. 584.

de impugnar el reconocimiento de aquél, efectuado antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él.

La impugnación de la legitimación necesariamente consistirá en controvertir el reconocimiento, ⁽¹⁷⁴⁾ porque este es indispensable para reputar la calidad de descendiente de quienes han contraído matrimonio, pues no por su celebración se le puede considerar automáticamente como hijo o hija de ambos contrayentes. En este sentido, para impugnar tal legitimación se deberá combatir el presupuesto biológico implicado en el acta del Registro Civil, mediante la acreditación de circunstancias excluyentes de la paternidad biológica, con el objeto de dejar sin efecto el estado de filiación paterna contenido en la misma.

En este apartado, omitiré lo relativo a la acción de impugnación del reconocimiento, en virtud de que ésta ya ha sido expuesta con anterioridad.

E.- Impugnación de la Paternidad de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida.

Los descendientes nacidos mediante el uso de los métodos de reproducción asistida durante el matrimonio, se consideran descendientes de los cónyuges, por lo cual se genera entre ellos el parentesco de consanguinidad, de acuerdo con el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal. Asimismo, de los artículos 326 segundo párrafo y 329 de dicho Ordenamiento, se desprende que cuando hubo consentimiento expreso de ambos cónyuges en la utilización de dichos métodos, no cabe la duda de su filiación por la intervención o no de un componente biológico extraño a la pareja.

¹⁷⁴ Cfr. Marcelo Planol y Jorge Ripert, *op. cit.* p. 750.

En particular, el artículo 326 en su segundo párrafo prohíbe al cónyuge varón impugnar la paternidad de los descendientes concebidos durante el matrimonio, por su esposa mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en la utilización de tales métodos. De igual forma, el artículo 329 determina que las cuestiones relativas a la paternidad del descendiente nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse de conformidad con lo previsto en el Código Civil para el Distrito Federal, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida.

A este mismo respecto, el Código Civil del Estado de Coahuila que en la actualidad es la Ley sustantiva civil, más avanzada en esta materia en nuestro país, también contempla en su artículo 486 segundo párrafo, la prohibición de impugnar la filiación de las personas procreadas a través de técnicas de reproducción asistida.

No obstante, dicho Ordenamiento es más permisivo, porque establece dos excepciones a la regla general. La primera, cuando la pretensión se base en que el descendiente no nació, como consecuencia del tratamiento de reproducción asistida practicado a la cónyuge. La segunda, cuando el consentimiento no se hubiere otorgado con las formalidades exigidas por el mismo, es decir, en escritura pública ante notario, en la cual además se justifique con la certificación de tres médicos especialistas en la materia (uno de ellos deberá pertenecer a la Secretaría de Salud del Estado), la necesidad de los cónyuges para someterse al tratamiento de reproducción asistida, en virtud de su imposibilidad para engendrar o concebir después de cinco años, por razones biológicas sin ser estériles o infértiles. (¹⁷⁵)

¹⁷⁵ Esta posibilidad de impugnar la paternidad de los descendientes concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, tiene su antecedente en el artículo 251 del Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León, pues en dicho precepto se establece, que si el marido probare que no propuso ni ordenó que se practicara la teleinseminación en su cónyuge, puede desconocer la paternidad.

Pero además de estas dos excepciones, la Ley sustantiva civil del Estado de Coahuila, establece en su artículo 490 que toda persona concebida mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, podrá investigar su origen biológico e igualmente, podrá ser identificada por medio de sus improntas genéticas, para establecer o rechazar un lazo filial. Sin embargo, este Ordenamiento precisa que en el caso de inseminación artificial heteróloga, no se establecerá ningún lazo filial entre el descendiente y quien aportó los gametos.

De este modo, a pesar de que el Código Civil del Estado de Coahuila, aparentemente prohíbe la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante estos métodos, permitiéndola en dos casos excepcionales, en realidad, deja totalmente abierta la posibilidad de esa impugnación, al admitir la identificación de toda persona concebida de esta forma, mediante sus improntas genéticas, para establecer o rechazar el lazo filial.

A diferencia de lo anterior, es importante destacar que en el Código Civil para el Distrito Federal, no existe una verdadera regulación de los métodos de reproducción asistida, pues son insuficientes los preceptos relativos a la misma y en el caso particular que me ocupa de la impugnación de paternidad, me parece inadecuada su prohibición, la cual solamente se permite, cuando el marido no hubiera consentido expresamente en la práctica de estos tratamientos en su cónyuge, sobre todo porque es omiso en la forma como debe obrar ese consentimiento.

La importancia de permitir la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante estos métodos, estriba en la actualización de casos que pueden presentarse en la realidad, como por ejemplo: la posibilidad de cambio en los componentes genéticos, pues si en ocasiones se ha visto en los hospitales errores humanos, en los cuales se han cambiado menores recién nacidos, porque entonces no considerar la probabilidad de una situación similar, sobretodo si se toma en cuenta el tamaño minúsculo de las aportaciones genéticas.

Inconstitucionalidad de la Prohibición de la Impugnación de la Paternidad de los Hijos Concebidos Mediante el Uso de Métodos de Reproducción Asistida en el Código Civil para el Distrito Federal.

La negativa a reconocer la gama de posibilidades que pueden presentarse en la realidad y simplemente prohibir, la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante el uso de estos métodos, en el Código Civil para el Distrito Federal, únicamente trae como consecuencia que se vulneren dos garantías de seguridad jurídica, consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la primera es el derecho de garantía de audiencia con fundamento en el artículo 14 y la segunda es el derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 17. Ambas garantías, revisten una trascendental importancia dentro de cualquier régimen jurídico, pues implican la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a los actos de poder público, tendientes a privarlo de sus derechos e intereses.

La garantía de audiencia se encuentra consignada en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional, que a la letra establece:

“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

Como se puede advertir, este precepto contiene a su vez cuatro garantías específicas de seguridad jurídica: 1.- El juicio previo al acto de privación; 2.- Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; 3.- El cumplimiento o la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento y 4.- La decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio. Todas ellas, tienen una íntima articulación, por lo cual es susceptible de contravenirse la garantía de audiencia, al violarse una sola de ellas. (¹⁷⁶)

¹⁷⁶ Cfr Ignacio Burgoa, *Las Garantías Individuales*. 34ª ed., Ed. Porrúa, 2002, pp. 524, 525 y 537.

Asimismo, a través de esa garantía los bienes jurídicos protegidos son la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos de los gobernados, mismos que no podrán ser privados, sino mediante un juicio previo. A este respecto, debe entenderse por privación, la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad tendiente a mermar o menoscabar la esfera jurídica del gobernado, así como impedir el ejercicio de un derecho, siendo menester que dicha merma o menoscabo e impedimento constituyan el fin último, definitivo y natural del acto aludido. (¹⁷⁷)

En el caso particular que me ocupa, los artículos 326 y 329 del Código Civil para el Distrito Federal, están impidiendo el ejercicio de un derecho subjetivo, es decir, imposibilitan el ejercicio de la hipótesis general establecida en la norma de derecho objetivo, pues a través de estos preceptos se limita el derecho del padre a impugnar la paternidad de los descendientes concebidos por su cónyuge durante el matrimonio, así como la de los nacidos después de trescientos días de la disolución del vínculo conyugal, si consintió expresamente en el uso de métodos de fecundación asistida para la concepción del descendiente.

La privación del derecho del padre a impugnar la paternidad de los descendientes concebidos mediante la utilización de métodos de reproducción asistida, vulnera la garantía de audiencia, al realizarse sin la existencia de un juicio ante tribunales previamente establecidos, ni cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento y sin la obtención de una decisión jurisdiccional conforme a Derecho.

Se trata de un caso en el que una ley ordinaria limita la defensa u oposición de un acto privativo y la facultad probatoria, quebrantando con ello el principio de supremacía constitucional contrario a la intención del Constituyente, quien

¹⁷⁷ Cfr. Ignacio Burgoa. *Las Garantías.. op. cit.*, p. 538.

expresamente limitó por medio de estas garantías, la actividad del Estado en cualquiera de sus formas. Esta cuestión, debió ser considerada por el legislador del Código Civil para el Distrito Federal, evitando que dicha inconstitucionalidad deba hacerse valer a través del juicio de amparo respectivo, ante el Poder Judicial Federal. (¹⁷⁸)

De igual forma y relacionada con la violación a la garantía de audiencia, se presenta la vulneración del derecho de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 17 constitucional, cuyo segundo párrafo determina:

“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.”

El derecho de acceso a la justicia se encuentra relacionado con el cumplimiento de las formalidades procesales esenciales, el cual es a su vez la tercera garantía específica de seguridad jurídica que integra el derecho de audiencia, dado que el procedimiento para dirimir una controversia impone la inaplazable necesidad de hacerlo del conocimiento del tribunal previamente establecido, para ejercer el derecho de defensa y el derecho de probar los hechos constitutivos de las pretensiones opositoras. La inobservancia de cualquiera de estos dos derechos, es la privación de defensa en perjuicio del gobernado con fundamento en el artículo 159 de la Ley de Amparo.

Así, a manera de conclusión, toda autoridad del país y en el caso particular que me ocupa, el Poder Legislativo del Distrito Federal, antes de privar a algún gobernado de los bienes jurídicos protegidos por las garantías de audiencia y de acceso a la justicia, en detrimento de su esfera jurídica, deben prever en las leyes que expidan, un procedimiento por medio del cual los órganos del Estado encargados de aplicarlas, oigan en defensa a los presuntos afectados y les reciban las pruebas pertinentes para la preservación de sus derechos, en virtud de

¹⁷⁸ C/J: Ignacio Burgoa. *Las Garantías* . *op. cit.*, pp. 564 y 565.

la supremacía constitucional sobre la legislación ordinaria, pero de todos modos y sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes secundarias sobre algún procedimiento defensivo, es deber de todo órgano estatal acatar las exigencias instituidas en nuestra Carta Magna. (¹⁷⁹)

Por ello, considero que aun cuando el Código Civil para el Distrito Federal, prohíbe la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida, el presunto padre debe tener acceso al ejercicio de la acción correspondiente, cuando la misma se base en hechos que puedan comprobar la imposibilidad de su paternidad respecto de ese hijo o hija, pues de lo contrario se le estarían violando la garantía de audiencia y su derecho de acceso a la justicia.

De este modo, en el caso de que el presunto padre presente la demanda de impugnación de paternidad, comprobando la imposibilidad de su nexo filial con el presunto descendiente, concebido mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida y el juez no admita la demanda, fundando su negativa en los artículos 326 y 329 del Código Civil para el Distrito Federal, el presunto padre tiene la posibilidad de interponer el juicio de amparo respectivo, en contra de dicha decisión judicial del juzgador, que aun cuando se encuentra debidamente fundada en una ley secundaria, no podrá ser negada del amparo de la justicia federal, en virtud de la inconstitucionalidad de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal.

En otro orden de ideas, una vez que he analizado las acciones de impugnación de la paternidad, mediante las cuales se modifica, excluye o extingue el presupuesto de un determinado emplazamiento de paternidad de un individuo por ser contrario a la realidad biológica, me referiré ahora a su categoría inversa, es decir, a las acciones de reclamación de estado, pues las mismas tienen como objetivo, establecer el nexo de filiación de un individuo tanto dentro del matrimonio como fuera de esta institución. Así, cuando la acción está dirigida a reclamar la filiación

¹⁷⁹ C./r. Ignacio Burgoa. *Las Garantías* .op. cit., p. 567.

matrimonial, se denomina acción de reclamación de descendiente de matrimonio y en el caso de que la pretensión sea establecer la filiación de un descendiente habido fuera de esta institución, la misma se denomina acción de investigación de la paternidad. (¹⁸⁰)

Dentro de este apartado, sólo me referiré a la acción de reclamación de descendiente de matrimonio, reservando lo relativo a la investigación de la paternidad, para ser abordada en el cuarto punto del presente capítulo, por tratarse de la única acción que corresponde a los descendientes habidos fuera de matrimonio para establecer su filiación.

2.- Acciones de Reclamación de Estado.

Como ya se dijo, la categoría inversa a las acciones de impugnación de estado son precisamente las acciones de reclamación de estado, mediante las cuales el descendiente pretende establecer su filiación, ya sea, matrimonial o extramatrimonial.

¹⁸⁰ Cfr. Ambrosio Colin y H. Capitant, *op. cit.*, p. 626.

Acción de Reclamación de Descendiente de Matrimonio.

El objetivo de la acción de reclamación de la filiación matrimonial es emplazar al descendiente en el estado de familia que le corresponde, el cual no surge de las inscripciones registrales, es decir, de la partida de su nacimiento y de la partida de matrimonio de sus progenitores. Por tanto, ante la carencia de título de estado por parte del descendiente, es necesario recurrir a la vía judicial para la determinación de su filiación matrimonial, mediante la sentencia respectiva. (¹⁸¹)

En principio, el *status* de descendiente de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus progenitores. Excepcionalmente, a falta de acta o si la misma fuera defectuosa, incompleta o falsa, dicho *status* se prueba con la posesión constante de estado de hijo o hija, la cual debe ser continua y pública, constituyendo una serie de hechos que en su conjunto demuestren la relación de filiación y parentesco entre un sujeto y la familia a que pretende pertenecer. (¹⁸²)

Para probar la posesión de estado de hijo o hija de matrimonio, es esencial haber llevado el apellido del presunto padre (*nomen*); haber sido tratado por el presunto padre como hijo o hija (*tractatus*); haber sido considerado como hijo o hija en las relaciones sociales y en el seno de la familia del presunto padre (*fama*). Además, en el caso del descendiente matrimonial, esa posesión de *status* debe ser indivisible, esto significa que debe darse respecto de ambos progenitores, pues de otra manera, sólo podría probarse la posesión de *status* de descendiente extramatrimonial. (¹⁸³)

¹⁸¹ Cfr. Nora Lloveras. *op. cit.*, p. 100

¹⁸² Cfr. Francesco Messineo. *op. cit.*, p. 129.

¹⁸³ Cfr. *Idem*.

A este respecto, el artículo 343 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que si un individuo ha sido reconocido constantemente como descendiente por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las siguientes circunstancias:

I. Si el hijo o hija ha usado constantemente los apellidos de quienes se pretende que son su padre y su madre, con la anuencia de éstos.

II. Si los presuntos padre y madre lo han tratado como hijo o hija, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

III. Si los presuntos padre y madre tienen la edad exigida para contraer matrimonio, es decir, dieciocho años.

Así, conforme al precepto antes citado, se requiere en principio contar con la fama de hijo o hija, por haber sido reconocido constantemente como tal por la familia del padre, de la madre y en general en la sociedad. En segundo lugar, deben concurrir por lo menos alguna otra circunstancia, como el *nomen*, el *tractatus* o la edad exigida por la ley para unirse en vínculo matrimonial.

La posesión de estado de hijo o hija si bien es un elemento muy importante, no es decisivo, primero, porque puede haber posesión de estado de descendiente matrimonial en quien no lo es, cuando aparentemente se le ha dado el trato de tal a un extraño y en el segundo lugar, porque si los progenitores no lo han reconocido, es muy probable que tampoco le hayan dado el trato correspondiente a su estado. (¹⁸⁴)

¹⁸⁴ Cfr. Augusto César Belluscio, *Manual de Derecho de Familia*, T. II...*op.cit.*, p. 209.

Por ello, el Código Civil para el Distrito Federal determina en su artículo 341, que en defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen. A pesar de ello, se establece una limitación para la prueba testimonial, la cual no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

La legitimación activa para reclamar la filiación matrimonial, corresponde en principio al descendiente, pues este es el primer interesado en que la misma se determine, pudiendo hacerlo en todo tiempo por tratarse de un derecho imprescriptible, el cual puede ejercitar siendo menor o mayor de edad sin límite alguno, aunque tratándose de un menor de edad o de un incapaz, obviamente deberá estar debidamente representado por quien ejerza la patria potestad, la tutela, o por el ministerio público, o un representante legal designado para tal efecto.

Pero además del hijo o de la hija, pueden entablar o continuar la acción de reclamación de la filiación matrimonial, en caso de su muerte, sus descendientes, herederos, legatarios, donatarios y acreedores.

El derecho de los descendientes del hijo o la hija para entablar o continuar la acción de reclamación de la filiación matrimonial, también es imprescriptible, según el artículo 347 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal. A diferencia de estos, sus herederos podrán intentarla o continuarla cuando el presunto hijo o hija lo hubiere hecho, si éste ha muerto antes de cumplir veintidós años; o si antes de cumplir esa edad, presentó incapacidad de ejercicio y murió después en el mismo estado, en cuyo caso, la acción caduca a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo o la hija, con fundamento en los artículos 348 y 349 del Ordenamiento citado. :

Los herederos a que se refiere el artículo 348, deben ser necesariamente los herederos legítimos o los instituidos en testamento. Además, el término de caducidad de cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo o hija para reclamar la acción de reclamación de la filiación matrimonial, también opera en el caso de que sean los acreedores, legatarios y donatarios, quienes intenten esa acción o la continúen.

El motivo por el cual la legislación determina, que el ejercicio de la acción o su continuación es imprescriptible para los descendientes, es porque estos tienen un interés moral en que no se dé su nombre a un extraño, siendo su objetivo proteger a la familia.

En el caso contrario, la razón por la cual se establece en la ley, la caducidad de la acción para los herederos, acreedores, legatarios y donatarios en el término de cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo o la hija, atiende a que todos ellos tienen un especial interés pecuniario, pues la pretensión de los herederos es excluir al hijo o hija de la sucesión, mientras la de los legatarios y donatarios es evitar la acción de reducción que ese hijo o hija pudiera entablar contra ellos y en cuanto a los acreedores, su objetivo es el de cobrar las deudas que el hijo o la hija tuviera con ellos al morir, si el mismo no dejó bienes suficientes para pagarles.

Por otra parte, en cuanto a la legitimación pasiva de la acción de reclamación de la filiación matrimonial, esta recae en ambos progenitores, dado que la misma va dirigida a ambos por ser la filiación matrimonial indivisible y en el supuesto del fallecimiento de uno o de ambos progenitores, la acción deberá entablarse contra los herederos de estos. (¹⁸⁵)

Los extremos que deben probarse en la acción de reclamación de la filiación matrimonial son: 1.- Que el pretendido descendiente nació de la madre contra la cual se reclama la filiación; 2.- El matrimonio de los progenitores contra los cuales

¹⁸⁵ Cfr. Nora Lloveras, *op. cit.*, pp. 104 y 105.

se demanda; 3.- El nacimiento dentro del matrimonio de los progenitores y en el caso de controvertirse la paternidad, por vía de reconversión, las pruebas tenderán a acreditar la relación de filiación entre el descendiente y el presunto padre. (¹⁸⁶)

Hasta este momento he analizado la acción de reclamación de descendiente de matrimonio, cuyo objeto es establecer la filiación matrimonial del mismo. Por eso, a continuación me referiré a la acción de investigación de la paternidad, la cual tiene como objetivo establecer el nexo filial del padre con el descendiente nacido fuera de la unión conyugal.

IV. Investigación de la Paternidad.

1.- Concepto.

A.- Gramatical.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra “investigar” significa

“Hacer diligencias para descubrir algo” o “Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia”. Asimismo, según el Diccionario aludido, el vocablo “paternidad” significa “Cualidad de padre”. (¹⁸⁷)

Por ello, se puede afirmar que desde el punto de vista gramatical, la investigación de la paternidad constituye el conjunto de diligencias que a través de la reflexión, el examen y la experimentación, tienen como objetivo descubrir la calidad de padre de una persona.

¹⁸⁶ Cfr. Nora Lloveras, *op. cit.*, p. 105.

¹⁸⁷ Real Academia Española. *Diccionario...op. cit.*, pp. 879 y 1154.

B.- Jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, se entiende por investigación de la paternidad, el derecho que tienen los descendientes habidos fuera de matrimonio, de acudir ante los tribunales, a efecto de aportar las pruebas de su filiación paterna, a fin de que sea ésta declarada por los mismos, cuando así se compruebe y consecuentemente, se obligue al padre demandado a cumplir con los deberes y derechos impuestos por la relación paterno filial. (¹⁸⁸)

Este supuesto, es aquél en el cual no existiendo matrimonio ni concubinato entre los progenitores de un descendiente, la paternidad de este no puede presumirse conforme a las presunciones establecidas en los artículos 324 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal. Por eso, de acuerdo con el artículo 360 de dicho Ordenamiento, en los demás casos la filiación paterna, sólo se establece por el reconocimiento del padre o por una sentencia ejecutoriada que así la declare. Entonces, no habiendo reconocimiento del descendiente extramatrimonial por parte del padre, el hijo o hija tiene derecho a ejercitar la acción de investigación de la paternidad, para demostrar el nexo biológico con el mismo.

Atendiendo a los significados gramatical y jurídico de la investigación de la paternidad, debe destacarse la falta de concordancia entre ambos, respecto de la parte actora, porque investigar significa hacer diligencia para descubrir una cosa y en el presente caso, quien intenta la acción debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba para reputar la paternidad a determinada persona e incluso, antes de intentar su demanda debió haber llevado a cabo una actividad de indagación, a fin de tener indicios suficientes que apoyen su pretensión.

¹⁸⁸ C/jr. Manuel Chávez Ascencio, *La Familia en el...op. cit.*, p. 175.

No obstante, durante el proceso y de acuerdo con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el juez de lo familiar competente para dirimir la controversia, podrá valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, así como de cualquier cosa o documento perteneciente a las partes o a un tercero, para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, con la única limitante de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral. Es más, esta facultad del juzgador en materia familiar se ejerce de oficio, pues el artículo 941 de la Ley adjetiva citada, señala a la letra:

“El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.”

De tal forma, es posible que el juzgador en materia familiar pueda ordenar para mejor proveer, las pruebas que estime convenientes para comprobar el nexo biológico entre el descendiente y el presunto padre, con lo cual si se actualiza la concordancia entre el significado gramatical y jurídico de la investigación de la paternidad, pues realmente el juez realiza las diligencias necesarias para corroborar la certeza del nexo paterno filial materia de la controversia.

2.- Regulación de la Investigación de la Paternidad en la Actualidad.

El Código Civil Federal del 2000 sigue el sistema de regulación de la investigación de la paternidad, establecido por el Código Civil Francés después de la reforma de 1912, dado que abre la gama de posibilidades para su ejercicio a seis hipótesis taxativas, aparentemente limitadas en el artículo 382, el cual dispone a la letra:

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

- I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

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

A continuación, analizare cada uno de los supuestos establecidos en el artículo antes transcrito.

A.- En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

El hecho de que en este supuesto se haga referencia a los delitos de raptó, estupro y violación, me obliga a remitirme al Código Penal Federal, Ordenamiento en el cual las conductas delictivas señaladas se encuentran reguladas en el Título Decimoquinto, cuyo rubro es “Delitos Contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual”. La denominación de este Título, atiende a que dentro del género de la libertad existen diversas conductas típicas, siendo una especie muy importante aquellas que vulneran la libertad sexual, es decir, el libre desenvolvimiento de la persona en el terreno del comportamiento sexual. (¹⁸⁹)

Se trata entonces, de los comúnmente denominados delitos sexuales, mismos que han sido definidos de manera genérica por el Maestro González de la Vega como:

“...aquellas infracciones en que la conducta típica consiste en actos de lubricidad ejecutados en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a éste se le hacen ejecutar, y que ponen en peligro o dañan su libertad o seguridad sexuales, siendo estos los bienes objeto específico de la tutela penal.” (¹⁹⁰)

Aun cuando, en esta definición sólo se destaca que los bienes objeto específico de la protección penal son la libertad o seguridad sexuales, debe agregarse también el normal desarrollo psicosexual del individuo, conforme al Título Decimoquinto del Código Penal Federal, pues estos comportamientos delictivos afectan gravemente

¹⁸⁹ Cfr. Griselda Amuchategui Requena, *Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2002, p. 294.

¹⁹⁰ Francisco González de la Vega, *Derecho Penal Mexicano*, México, 6ª ed., Ed. Porrúa, 1961, p. 308.

a la víctima, dejándole daños psicológicos generalmente irreversibles que pueden durar largo tiempo e incluso, por toda la vida. (¹⁹¹)

Dentro de este Título Decimoquinto, el delito de rapto se encuentra derogado a partir del decreto de fecha 22 de diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de enero de 1991. Por ello, cabe destacar que la Legislación sustantiva civil federal no es acorde con el Código Penal Federal, en el cual ya ni siquiera se tipifica y en esas circunstancias, es imposible investigar la paternidad en este supuesto.

No obstante, como una mera referencia histórica, me permito citar el artículo 267 del Código Penal Federal actualmente derogado, en el cual se regulaba este delito, al siguiente tenor:

“Al que se apodere de una persona, por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará la pena de uno a ocho años de prisión.”

Posiblemente, la derogación de este precepto atiende a que como señala el Maestro González de la Vega, el rapto no corresponde en rigor a los delitos sexuales, pues la conducta típica consiste en el apoderamiento de la mujer, es decir, en la acción de tomarla y llevársela o retenerla, la que en sí misma no implica una agotada realización sexual, siendo en la mayor parte de las ocasiones, sólo el antecedente de una violación o un estupro. (¹⁹²)

Por otra parte, en cuanto al estupro el artículo 262 del Código Penal Federal, establece:

“Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, se le aplicará de tres meses a cuatro años de prisión.”

¹⁹¹ *Cfr.* Griselda Amuchátegui Requena, *op. cit.*, p. 294.

¹⁹² *Cfr.* Francisco González de la Vega, *op. cit.*, p. 310.

De acuerdo con esta norma, para que la conducta concreta actualice el delito de estupro, debe reunir los siguientes elementos:

a).- Conducta típica.- Es la realización de la cópula, entendiendo por esta, la unión o el ayuntamiento carnal, la cual a su vez puede ser de dos tipos: normal y anormal, la primera, se ejecuta por vía vaginal, la segunda, por vía oral y anal.

b).- Sujeto pasivo.- Puede ser un hombre o una mujer de más de doce años de edad y menos de dieciocho. (Este delito se persigue por querrela de parte ofendida.)

c).- Sujeto activo.- También puede ser un hombre o una mujer.

d).- Medio de ejecución de este delito.- Es el engaño, pues el sujeto activo debe engañar a la víctima y así obtener su consentimiento para copular. Por engaño se entiende el dar apariencia de verdad a una mentira o en un acto de simulación, por ejemplo, simular el sujeto activo que es soltero, cuando en realidad está casado o simular la celebración de matrimonio, para realizar la cópula con la supuesta esposa, pero de todos los engaños, el más común suele ser la falsa promesa de matrimonio. Precisamente, por esa intención de engañar a la víctima, este delito siempre es doloso. (¹⁹³)

De todos estos elementos, es evidente que para efectos de la investigación de la paternidad, el delito de estupro debió haberse llevado a cabo mediante cópula normal, es decir, la realizada entre un hombre y una mujer por vía vaginal, siendo sujeto pasivo la mujer de más de doce años y menos de dieciocho y sujeto activo el hombre, quien a través del engaño obtuvo la conformidad de la madre para tener acceso carnal con él.

¹⁹³ Cfr. Griselda Amuchategui Requena, *op. cit.*, pp. 321-323.

En cuanto al delito de violación, el artículo 265 del Código Penal Federal señala:

“Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo.

Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.”

Con fundamento en este precepto, para que la conducta concreta actualice el delito de violación, debe reunir los siguientes elementos:

a).- Conducta típica. - Es la cópula, entendida como el ayuntamiento carnal, el cual puede ser normal, es decir, por vía vaginal y anormal por vía oral, anal o mediante la introducción de cualquier elemento o instrumento distinto del miembro viril. (¹⁹⁴)

b).- Sujeto pasivo. - Puede ser cualquier persona física, sin importar el sexo, la edad, ni sus características personales. (Este delito se persigue de oficio, por tanto, no cabe perdón del ofendido.) (¹⁹⁵)

c).- Sujeto activo. - Puede ser cualquier persona física, sea hombre o mujer, aunque no es común que una persona de sexo femenino sea sujeto activo, por su incapacidad de imponer la cópula por medio de violencia dada su naturaleza, en este sentido, si una mujer trata de forzar a un hombre a copular con ella, el varón ante la intimidación podría no presentar erección y por tanto, sería imposible la cópula. (¹⁹⁶)

¹⁹⁴ Cfr. Griselda Amuchategui Requena, *op. cit.*, p. 335.

¹⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 329 y 356.

¹⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 329.

d).- Medio de ejecución de este delito .- Es la violencia, es decir, la fuerza con que se realiza el hecho, pudiendo ser física o moral, en el primer caso, la fuerza o agresión consiste en un ataque material y directo contra la víctima, como los golpes, en el segundo supuesto, esa fuerza consiste en la intimidación ejercida a través de la amenaza de un mal grave. Por estos motivos, este delito sólo puede ser intencional. (¹⁹⁷)

Atendiendo a estos elementos, para efectos de la investigación de la paternidad, el delito de violación debe haber sido aquel en el cual la cópula fue normal, es decir, la realizada entre un hombre y una mujer por vía vaginal, siendo sujeto pasivo la mujer y sujeto activo el hombre, quien a través de la violencia física o moral tuvo relaciones sexuales con la madre.

Una vez definidas las conductas delictivas determinadas en la fracción I del artículo 382 del Código Civil Federal, interesa resaltar que la investigación de la paternidad estará permitida en estos casos, cuando la época de la comisión del delito coincida con la de la concepción.

Por consiguiente, es necesario definir el vocablo "concepción", que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el momento en el cual la mujer queda embarazada por haberse dado la fecundación entre el óvulo y el espermatozoide. Entonces, independientemente del delito de que se trate, éste debió ocurrir dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, pues este es período legal de la concepción establecido por el Código Civil Federal.

Asimismo, importa reflexionar si en el juicio de investigación de la paternidad, se requiere acreditar la actualización de los delitos señalados, mediante sentencia condenatoria dictada por el Juez Penal en el proceso seguido contra el presunto

¹⁹⁷ Cfr. Griselda Amuchategui Requena, *op. cit.*, p. 336.

padre por la comisión de cualquiera de ellos, toda vez que la Ley sustantiva civil Federal, no exige el previo juicio penal.

A este respecto, cabe señalar que tanto los redactores del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, como la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han diferenciado la responsabilidad civil de la penal. En este sentido, los Licenciados Ángel Ceniceros y Luis Garrido, quienes fueron miembros de la Comisión redactora de Legislación penal de 1931, señalaron que:

"Si ya existe sentencia dictada, y fue en sentido absolutorio, los efectos jurídicos de esa sanción consisten en que la facultad del poder público para imponer la reparación del daño proveniente de un hecho delictuoso, no existe, ya que o esos hechos no resultaron delictuosos, o a quien se atribuyeron no fue quien los realizó. El que haya una sentencia que absuelva del pago de la reparación del daño, no significa que al mismo tiempo necesariamente se extinga el derecho del ofendido para exigir la responsabilidad civil emanada de un hecho ilícito ...El Código civil establece este derecho independientemente de la acción pública." (¹⁹⁸)

De igual forma, la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, refiere la diferencia de la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, como sigue:

"RESPONSABILIDAD CIVIL.- Es independiente de la penal, y por lo mismo, aunque no exista una condenación del orden criminal, puede haber condena de responsabilidad civil."
3ª Sala. S.J.F. 5ª Época. Tomo LXXXVIII. Pág. 619.

Con posterioridad y como reflejo de esta decisión jurisprudencial, en el Código Penal Federal, se dispone en el artículo 34 último párrafo, lo siguiente:

"Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente."

¹⁹⁸ Cj: Ernesto Gutiérrez y González. *Derecho de las Obligaciones... op.cit.*, p. 855.

Así, es posible interponer un juicio de investigación de la paternidad, sin acreditar necesariamente la actualización de los delitos de estupro o violación (en los cuales se sustente), mediante sentencia condenatoria dictada por el Juez Penal en el proceso seguido contra el presunto padre por la comisión de cualquiera de ellos, toda vez que la responsabilidad civil es independiente a la responsabilidad penal.

En todo caso, si se ejercita el juicio de investigación de la paternidad, el juzgador en materia familiar y dentro de sus facultades, deberá valorar si el descendiente es producto de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, en virtud de la coincidencia entre la época de la comisión del delito y la de la concepción.

B.- Cuando el descendiente se encuentre en posesión del estado de hijo o hija del presunto padre.

El artículo 384 del Código Civil Federal, dispone que la posesión de estado para los efectos de la fracción II del artículo 382 de este Ordenamiento jurídico, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el descendiente ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como tal, proveyendo este a su subsistencia, educación y establecimiento.

Con fundamento en este precepto normativo, la acreditación de la posesión de estado de descendiente extramatrimonial, necesariamente requerirá demostrar el clásico *tractatus*, es decir, el trato o comportamiento consciente y por ende voluntario de cualquier padre con un descendiente, a través de hechos inequívocos, persistentes, ostensibles, reiterados y públicos, mediante los cuales se presume el vínculo paterno filial. Tales hechos pueden ser: el presentarlo o reconocerlo como tal, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios y en general asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los progenitores. (¹⁹⁹)

¹⁹⁹ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil Derecho de Familia*, T II...*op. cit.*, pp. 377 y 378.

Todos estos hechos, deberán denotar fehacientemente el estado aparente de familia que ostenta u ostentó el reclamante de la filiación, respecto del presunto padre, pues la posesión de estado difícilmente será la resultante de uno o algunos hechos aislados o producto de circunstancias equívocas y desvirtuables por otros hechos, que nieguen la apariencia del vínculo paterno-filial. (²⁰⁰)

No obstante, aun cuando el artículo 384 del Código Civil Federal, exige la demostración de que el presunto padre hubiere proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del descendiente, el mismo Código en su artículo 387 establece:

“El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas.”

Este precepto se encuentra relacionado con el artículo 308 del Código Civil Federal, en el cual se dispone que los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, comprendiendo además respecto de los menores, los gastos necesarios para la educación del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Entonces, el simple hecho de dar a una persona todo lo comprendido dentro de los alimentos, no configura el trato o comportamiento de padre respecto de la misma, ni constituye por sí sólo prueba o presunción de paternidad y por ello no puede admitirse este único hecho, como causa para ejercitar la investigación de la paternidad, porque esto sólo estaría impidiendo actitudes solidarias y compasivas de quienes los otorgan a otros, sin la existencia de un deber moral derivado de una presunta paternidad.

²⁰⁰ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II...*op. cit.*, p. 377.

C.- Cuando el descendiente haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

La hipótesis establecida en este supuesto, pudiera confundirse con el concubinato, sin embargo, debe destacarse que se trata de una situación distinta a esta institución, pues las presunciones de filiación de los descendientes del concubinario y de la concubina, se encuentran determinadas en el artículo 383 del Código Civil Federal, entonces no se requiere investigar la paternidad de un estado de filiación presumido por la misma ley.

Por tanto, la fracción III del artículo 382 del Ordenamiento jurídico citado, se refiere a todas las situaciones posibles distintas al concubinato, es decir, aquellas relaciones no serias, estables ni permanentes, sostenidas por madre con el pretendido padre, en las que coincida la vida marital con la época de la concepción del descendiente.

D.- Cuando el descendiente tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

La última fracción del artículo 382 del Código Civil Federal, permite el ejercicio de la acción en estudio, cuando el descendiente tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre. En este sentido, como no se distinguen el tipo de probanzas para reputar la paternidad, debe entenderse que cualquier prueba permite la investigación de la paternidad.

La sola exigencia de un principio de prueba de acuerdo con esta fracción, denota que en realidad el Código Civil Federal, establece un sistema libre de investigación de la paternidad, aun cuando aparentemente su ejercicio está restringido a casos muy específicos, señalados en el artículo 382 de dicho Ordenamiento. Incluso, desde mi punto de vista, resultan innecesarias las tres primeras fracciones de ese

precepto, pues en las mismas se señalan hipótesis taxativamente limitadas, que necesariamente deberán acreditarse a través de los medios ordinarios de prueba.

Posiblemente, estos fueron los motivos que el legislador del Código Civil para el Distrito Federal, tomó en cuenta para evitar reproducir la misma redacción del artículo 382 del Código Civil Federal, pues en el artículo 382 de la Ley sustantiva civil local, se dispone a la letra:

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

Como se observa, este precepto contempla el principio establecido en la fracción IV del artículo 382 del Código Civil Federal, ya que determina la posibilidad de probar la paternidad a través de cualquier medio ordinario de prueba, lo cual implica también, la admisión del sistema de libre investigación de la paternidad en nuestro sistema jurídico. Además, por primera vez se destacan las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos, como las probanzas idóneas para acreditar el nexo filial, respecto de las mismas, así como en relación a la presunción de confesión ficta de paternidad contenida en este artículo, no haré mayor referencia, porque este tema será abordado en el último capítulo del presente trabajo de investigación.

Este sistema de libertad de la investigación de la paternidad, tan objetado en el pasado por contribuir a maniobras fraudulentas, ha sido aceptado por países como Alemania, Suiza, Austria, los países escandinavos, Italia, Bélgica, Rusia, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina, España y Costa Rica. (²⁰¹) A mi parecer no es negativo, porque como en todo juicio, el actor debe probar los extremos de su demanda, de lo contrario, si no tiene pruebas o estas resultan insuficientes, impedirán la obtención de una sentencia favorable. Entonces, el problema no

²⁰¹ Cfr. Augusto César Belluscio. *op. cit.*, p 324.

radica en la libertad de su ejercicio, sino en los medios de prueba que deben ser invocados para probar plenamente la paternidad.

Por otra parte, respecto a la legitimación activa para intentar la acción de investigación de la paternidad, el Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal, no precisan expresamente a quien corresponde este derecho, pero se deduce que en principio es al descendiente, quien siendo menor edad podrá estar representado por su madre, si ella ejerce la patria potestad y en el caso de que el mismo no esté sujeto a patria potestad o se trate de un mayor de edad incapacitado, la acción podrá ser interpuesta por su tutor o representante legal.

Ambos Ordenamientos, tampoco precisan si los descendientes del hijo o la hija tienen el derecho de ejercitar la acción, a este respecto, considero que aun cuando la ley no lo señala, sí es posible en virtud del interés moral de los mismos. Caso contrario, me parece el de los herederos o acreedores del hijo o hija, quiénes teniendo un interés exclusivamente patrimonial, quizás pretenderían alegar su interés legítimo, para interponer la acción contra un presunto padre acaudalado.

No obstante, si el hijo o la hija mueren durante el tiempo en el cual se esté ventilando ante los tribunales, el juicio de investigación de la paternidad, considero que tanto los descendientes como los herederos pueden continuar la acción ya entablada.

En cuanto al término otorgado por la ley para interponer la acción de investigación de la paternidad, los artículos 388 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, determinan que la acción sólo puede ser intentada durante la vida del padre. Pero si el padre hubiere muerto durante la minoría de edad del descendiente, este tiene el derecho de ejercitarla antes de que se cumplan cuatro

años de su mayor edad, lo cual implica lógicamente su ejercicio en contra de los descendientes o herederos del presunto padre.

Así, es evidente que la acción no caduca necesariamente a los cuatro años, a partir de que el menor cumpla la mayoría de edad, pues dicho plazo sólo aplica en el caso del fallecimiento del presunto padre, porque en los demás supuestos, el ejercicio de la acción sólo tiene como límite la vida del padre.

4.- La Investigación de la Paternidad en el Caso de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida.

En el Código Civil para el Distrito Federal, no existe norma jurídica expresa en la que se permita la investigación de la filiación de los descendientes concebidos mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida, pues el artículo 382 de dicho Ordenamiento jurídico, sólo se limita a señalar que la paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquier medio ordinario de prueba, incluyendo en ellos, a las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos. ⁽²⁰²⁾

Por lo que es menester preguntarse, si dicha investigación del nexo filial de quienes fueron concebidos mediante estos métodos de reproducción asistida, se encuentra permitida en la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, toda vez que el artículo 382, deja abierta la posibilidad a cualquier descendiente para investigar su filiación, sin distinguir la forma como dichos descendientes fueron concebidos.

²⁰² La incorporación de este tema a la presente investigación fue sugerencia del Dr. Flavio Galván Rivera, el día 29 de marzo del 2004, fecha en que la suscrita autora de la misma presentó su examen de candidatura al doctorado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Aun cuando, pudiera pensarse en esa posibilidad, porque la ley no lo precisa expresamente, considero indispensable que se legisle sobre este aspecto en particular, para evitar que sean los juzgadores quienes decidan la pertinencia de una acción de esta naturaleza, en virtud de la interpretación de otras normas jurídicas, que sobre este tema existen en la Ley sustantiva civil del Distrito Federal.

Hago mención de esto, porque pudiera pensarse que si este Ordenamiento jurídico prohíbe en su artículo 326 segundo párrafo y 329, la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante la utilización de los métodos de reproducción asistida, cuando hubo consentimiento expreso de ambos cónyuges en ellos, lo mismo podría ocurrir en el caso del descendiente, si se hace una interpretación analógica de tales normas, pues el legislador no pone en tela de juicio ese nexo filial y lo presume independientemente de la intervención o no de un componente biológico extraño a la pareja, al señalar también en el artículo 293 que se da parentesco por consanguinidad, entre los cónyuges y descendiente producto de la reproducción asistida.

Pero en este punto, como se puede asegurar que efectivamente el descendiente fue concebido a través de las mismas y no de otra forma, o bien, como puede garantizarse que por un error humano, no se cambiaron los componentes genéticos utilizados para su procreación.

Previendo este tipo de posibilidades, otras legislaciones regulan de manera explícita la investigación del nexo filial de los descendientes concebidos mediante los métodos de reproducción asistida. En el Código Civil del Estado de Coahuila por ejemplo, el artículo 490 determina que toda persona concebida a través de las mismas, podrá investigar su origen biológico, mediante la identificación de sus improntas genéticas, para establecer o rechazar cualquier vínculo filial controvertido. No obstante esta posibilidad, dicha Ley establece que en el caso de

inseminación artificial y de fecundación in vitro heteróloga, no se establecerá ningún lazo filial entre el descendiente y quien aporte los gametos.

Esto ocurre igualmente, en la Ley 35/1988 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España, aunque en el caso de cualquier método de fecundación asistida heteróloga, el artículo quinto dispone el deber de resguardar estrictamente la identidad de las personas que aporten los gametos, mediante un Registro Nacional de Donantes y en este caso, los descendientes concebidos de esta forma y las receptoras de los gametos, sólo podrán obtener información general de los dadores del semen mientras no incluya su identidad.

En este punto, cabe decir que la utilización del vocablo “donantes” en la denominación del Registro Nacional, cuyo objeto es resguardar la identidad de las personas que aportan el material genético para realizar cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, es incorrecto, pues como ya señalé en el capítulo primero de esta investigación, la donación es un contrato que sólo puede presentarse entre personas determinadas y sólo se perfecciona desde que el donatario le hace saber al donador, la aceptación del bien o bienes transferidos.

De este modo, sí una mujer es inseminada artificialmente con el semen obtenido de un banco de semen, necesariamente debe hacer saber la aceptación de la donación al donante. Sin embargo, esto no ocurre en la práctica, en virtud de que en esos bancos de semen se guarda estrictamente la identidad de quienes aportaron los líquidos seminales, precisamente para evitar la actualización de cualquier relación de filiación. Por eso, es erróneo pretender la tipificación de una donación.

Por otra parte, los únicos casos de excepción en que los descendientes concebidos a través de técnicas de reproducción asistida y las receptoras de los gametos, pueden obtener información de la identidad de los dadores de semen, en la Ley 35/1988 Sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España son: cuando

se actualicen circunstancias que comporten un comprobado peligro para la vida del descendiente, o cuando la necesidad del conocimiento del vínculo biológico derive de una sentencia penal. En ambos supuestos, dicha revelación debe ser indispensable para evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto. Y en ningún caso, esta revelación implicará publicidad de la identidad de quién aportó el semen, ni determinación legal de la filiación.

La importancia de regular la investigación de la paternidad de los descendientes concebidos mediante los métodos de reproducción asistida, estriba en la actualización de casos como: la posibilidad de que el descendiente no haya nacido como consecuencia del tratamiento de reproducción asistida practicado a la madre, o la factibilidad de cambio de los componentes genéticos, porque si esto ha ocurrido con menores recién nacidos, no sería extraño su actualización también en este caso y particularmente, por el tamaño minúsculo de las aportaciones genéticas.

5.- Trabajo de Campo Realizado en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Con la pretensión de que el presente trabajo de investigación tenga una utilidad práctica y no se limite a ser meramente descriptivo, me permití llevar a cabo una investigación de campo en los 40 juzgados familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con el objeto de determinar a cuanto asciende el número de juicios de filiación en la actualidad, sobre todo a partir de la reforma del Código Civil para el Distrito Federal, publicada el 25 de mayo del 2000 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, misma que entró en vigor el primero de junio de ese mismo año.

Tomé como referencia la entrada en vigor de la reforma a la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, porque a través del artículo 382 se permiten expresamente el uso de pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos

científicos, como medios de prueba idóneos para acreditar la filiación. Entonces, la finalidad de mi estudio de campo radicó en verificar, si la admisión de estas probanzas ha incrementado en alguna medida el número de juicios de filiación.

Así, de acuerdo con la investigación de campo realizada, me percaté que desde la entrada en vigor de la reforma al Código Civil para el Distrito Federal, el primero de junio del 2000, hasta el mes de agosto del 2004, es decir, en el transcurso de estos tres años ocho meses de vigencia de dicha Ley sustantiva civil, se han ventilado en cada uno de los cuarenta juzgados familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, un promedio de ocho a diez juicios relativos a la filiación, destacándose entre ellos, los de investigación de paternidad, reconocimiento de paternidad y desconocimiento de la misma.

Las cifras señaladas con antelación, son superiores a las que existían antes de la reforma del Código Civil para el Distrito Federal en el año 2000, pues estos juicios no eran muy comunes debido a la dificultad de la prueba de filiación, ventilándose por año no más de uno o dos juicios de paternidad, en cada uno de los órganos jurisdiccionales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Incluso, casi la tercera parte de los juzgados, es decir, doce de ellos, reportan no haber conocido este tipo de juicios por varios años.

Por ello, en opinión de los jueces familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, si se han incrementado los juicios de filiación, a partir de la reforma del 2000 al Código Civil para el Distrito Federal, verificándose en la práctica, sólo en cuanto a la solución del vínculo paterno filial. Este hecho, lo atribuyen a que en la actualidad, la legislación reconoce expresamente la prueba biológica o la proveniente de los avances científicos, como el medio probatorio idóneo para acreditar el nexo filial.

Sin embargo, destacan que de los juicios de paternidad ventilados hasta la fecha en sus respectivos juzgados y que como ya señale, ascienden aproximadamente a un promedio anual de ocho o diez desde el año 2000, sólo el 20% de los mismos han alcanzado una resolución definitiva, pues el 80% han caducado por falta de inactividad procesal, la cual se ha presentado particularmente en el periodo probatorio. Atribuyendo este hecho, a lo costoso de las probanzas idóneas para acreditar el nexo filial, en este sentido, también señalaron como la prueba comúnmente utilizada para ese efecto, la del ADN.

Asimismo, varios juzgadores estuvieron de acuerdo en que por la importancia de los juicios de paternidad y toda vez que en materia familiar existe la suplencia de la queja, están vinculados a ordenar de oficio la práctica de la prueba científica de la filiación.

Al respecto, considero erróneo lo señalado por los juzgadores en cuanto a la existencia de la suplencia de la queja en materia familiar, ya que por la misma debe entenderse, el conjunto de atribuciones conferidas al juez de amparo para corregir los errores o deficiencias, en los cuales incurran los reclamantes, al plantear los conceptos de violación en sus demandas o los agravios en los recursos establecidos en la ley, por ignorancia o ante la falta del debido asesoramiento legal. El fundamento de dicha institución se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 107 fracción segunda, segundo párrafo, al siguiente tenor:

“En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución.”

Relacionado con ese artículo constitucional, la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determina en su artículo 76 bis:

"Las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta ley establece, conforme a lo siguiente:

- I. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia;
- II. En materia penal, la suplencia operará aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo;
- III. En materia agraria, conforme a lo dispuesto por el artículo 227 de esta ley;
- IV. En materia laboral, la suplencia sólo se aplicará a favor del trabajador;
- V. A favor de los menores de edad o incapaces, y
- VI. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación manifiesta de la ley que lo haya dejado sin defensa."

Así, la suplencia de la deficiencia de la queja, sólo es de observancia vinculatoria para los Tribunales de la Federación, los cuales deberán aplicarla en los supuestos hipotéticos establecidos en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo, expresándose en este mismo sentido, los criterios sustentados en las tesis jurisprudenciales emitidas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, cuya transcripción es la siguiente:

"SUPLENCIA DE LA QUEJA. TRIBUNALES COMUNES. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES NO LOS AUTORIZA A EFECTUARLA.

La fracción II del artículo 107 constitucional, establece una obligación exclusiva de los tribunales de la Federación para suplir en los juicios de amparo la deficiencia de la queja, en las diversas hipótesis contenidas en dicho precepto, pero no obliga al juzgador natural para realizar tal suplencia. Debe acotarse que en algunas materias, por ejemplo la penal, la legislación común, acorde con la disposición constitucional que ordena suplir la deficiencia de la queja en favor del acusado, establece la obligación de suplir la deficiencia de los agravios en favor de éste. Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no prevé tal situación, lo único que se prevé en su artículo 941 es la obligación de los tribunales, en los asuntos de orden familiar, de suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, cosa conceptualmente diferente de la suplencia de la deficiencia de la queja, que implica una revisión oficiosa del procedimiento."

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 705/88. Francisco Javier García Castillo. 7 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

“SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LAS PARTES EN SUS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO, EN MATERIA FAMILIAR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO).

El artículo 521, primer párrafo, del Código Procesal Civil del Estado de Guerrero, Número 364, contiene el principio *iura novit curia*, consistente en la obligación de los jueces y tribunales del fuero común de suplir, en materia familiar, la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho; lo cual no significa que la responsable esté obligada a observar el principio de suplencia de la deficiencia de la queja, en virtud de que este último solamente es de observancia obligatoria para los tribunales de la Federación, conforme a las diversas hipótesis marcadas en el artículo 76 bis de la Ley de Amparo; por lo tanto, resulta inexacto que las autoridades jurisdiccionales del fuero común transgredan el principio de la suplencia obligatoria de la deficiencia de la queja, en razón de que el numeral en comento de la legislación local prevé diverso principio, en el que el juzgador es quien conoce el derecho y a quien compete decidir en cada caso cuál es el aplicable.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 403/2000. María Luisa Méndez Ríos. 15 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Rafael Segura Madueño. Secretario: José Carlos F. Hernández García.

De este modo, puedo decir que en el ámbito del fuero común, es impreciso hablar de suplencia de la queja en materia familiar, porque esta sólo corresponde a los tribunales federales, más bien debe destacarse el deber de los tribunales locales en materia familiar, para suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, lo cual se traduce en el principio *iura novit curia*, contenido en el artículo 941 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, cuyo significado es que el juez conoce el derecho y debe aplicarlo, aun cuando las partes no lo invoquen.

El artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala a la letra:

“El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

Una vez aclarado lo anterior, considero que debido a la importancia de los juicios de filiación y en virtud de la admisión expresa de las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos, por el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, los jueces tienen la facultad para ordenar de oficio la práctica de la prueba científica de la filiación, cuando ésta no sea propuesta por las partes y la estimen conducente, para el conocimiento de la verdad biológica sobre el vínculo filial controvertido, según lo dispuesto en el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual señala a la letra:

“Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad.”

En todo caso, los juzgadores están facultados para ordenar la práctica de la prueba científica de la filiación para mejor proveer, solicitándola mediante mandamiento judicial ante la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Además, ante esta dependencia necesariamente deberán acudir, el menor cuyo nexos paternofiliales se pretende acreditar, su madre, y el presunto padre, a efecto de proporcionar las muestras respectivas para la práctica de la prueba pericial genética.

En este supuesto, los juzgadores consideran que si el presunto padre se niega a proporcionar el material genético necesario para la práctica de dicha probanza, con fundamento en el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal y en el 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se presumirá salvo prueba en contrario el nexos filial imputado.

El artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, determina a la letra:

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

Por su parte, el artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala:

“Cuando una de las partes se oponga a la inspección o reconocimiento ordenados por el tribunal, para conocer sus condiciones físicas o mentales, o no conteste a las preguntas que el tribunal le dirija, éste debe tener por ciertas las afirmaciones de la contraparte, salvo prueba en contrario. Lo mismo se hará si una de las partes no exhibe a la inspección del tribunal la cosa o documento que tiene en su poder.”

Con relación a la constitucionalidad de la confesión ficta fundamentada en los artículos antes transcritos, por la cual se presume la paternidad, a partir de la negativa del presunto padre para proporcionar la muestra necesaria, para la realización de la prueba científica de la filiación, su análisis es materia de estudio en el último capítulo del presente trabajo de investigación.

A manera de conclusión y con base en los resultados obtenidos en la investigación de campo realizada en los cuarenta juzgados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, puedo decir que efectivamente, la reforma realizada a la Ley sustantiva civil del Distrito Federal en el año 2000, ha contribuido al incremento de los juicios de filiación, en virtud de la admisión legislativa expresa de los medios de prueba biológicos o provenientes del avance de los conocimientos científicos.

Pero a pesar de ello, no en todos los juicios se ha podido acreditar hasta el momento el nexo filial controvertido, porque en su mayoría la parte actora en los mismos ha dejado de promover, caducando con ello dichos juicios por falta de actividad procesal, particularmente en el período probatorio, ante la imposibilidad de solventar el costo tan elevado de la prueba científica de la filiación e ignorando

que dicha probanza, no tiene ningún costo si por orden judicial se solicita su práctica ante la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

CAPITULO TERCERO

LA MATERNIDAD

Introducción.

I. Concepto de Maternidad.

- A.- Etimológico.**
- B.- Gramatical.**
- C.- Biológico.**
- D.- Jurídico.**

II. Imputación de Maternidad.

- 1.- Matrimonial y Extramatrimonial.**
- 2.- En el Caso del Uso de Métodos de Reproducción Asistida.**
- 3.- En el Caso de la Maternidad Subrogada. (Gestante)**

III. Impugnación de la Maternidad.

- 1.- Acción de Impugnación de Estado.**
 - A.- Acción de Impugnación de la Maternidad.**
 - B.- Impugnación de la Maternidad de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida.**

IV. Investigación de la Maternidad.

- 1.- Concepto.**
 - A.- Gramatical.**
 - B.- Jurídico.**
- 2.- Regulación de la Investigación de la Maternidad en la Actualidad.**

Introducción.

Como en el capítulo anterior analicé lo relativo a la paternidad, es decir, el estado civil del padre respecto del descendiente, en el presente capítulo me referiré a la relación de la madre con el hijo o hija, la cual se denomina maternidad. Esto, con el objeto de concluir el estudio de los términos correlativos de la filiación, institución derivada de la naturaleza o de la voluntad entre dos seres, de los cuales uno es el descendiente y el otro es la madre o el padre.

Como primer punto, analizaré las distintas acepciones del término maternidad, desde las perspectivas etimológica, gramatical, biológica y jurídica, para después abordar en el segundo apartado del presente capítulo, el tema de la imputación de la maternidad, el cual expondré en tres rubros, en el primero, lo relativo al supuesto del descendiente concebido mediante la relación sexual normal dentro del matrimonio o fuera de esta institución, en el segundo y tercero, expondré lo tocante a la imputación de la maternidad en los casos del uso de métodos de reproducción asistida y maternidad subrogada (gestante) respectivamente.

En el tercer apartado de este capítulo expondré el tema de la impugnación de la maternidad, lo cual se traduce en el derecho de la madre para combatir, contradecir o refutar su relación con el descendiente, mismo que puede ser ejercido en limitadas circunstancias, a través de la acción de impugnación de la maternidad. Asimismo, dentro de este apartado me referiré a la impugnación de la maternidad de los descendientes concebidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

Finalmente, como cuarto punto analizaré lo concerniente a la investigación de la maternidad, abordando primeramente su concepto, tanto desde el punto de vista gramatical como jurídico, para después avocarme a su actual regulación en la Legislación sustantiva civil vigente.

I. Concepto de Maternidad.

1.- Concepto.

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

A.- Etimológico.

La palabra madre procede del latín "*mater/matris*", la cual a su vez deriva del griego "*matér/matros*", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de *mater* fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta. (²⁰³)

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término *materfamilias* a la esposa del *paterfamilias*, no con el objeto de conferirle el mismo *status* dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor. (²⁰⁴)

²⁰³ Cfr. Fustel de Coulanges. *op.cit.*, p. 61.

²⁰⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 59.

La religión de la mujer no provenía de su nacimiento, sino de su matrimonio, aprendía de su marido la oración que recitaba, no representaba a los antepasados al no descender de ellos y ni siquiera se convertía en antepasado de su familia, ya que, depositada en la tumba no recibía un culto especial. Por ello, tanto en la vida como en la muerte, sólo figuraría como un miembro de su esposo. La Ley de Manú ya lo decía,

“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 gobernarse a su guisa” (²⁰⁵)

Las leyes griegas y romanas determinaban lo mismo, al señalar:

“Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido.” (²⁰⁶)

Así, el poder del hombre sobre la mujer se derivaba de las creencias religiosas que colocaban al varón en superior situación a ésta, ya fuera dentro de su familia de origen o mediante el matrimonio.

B.- Gramatical.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa

“Estado o cualidad de madre”, mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: “Hembra que ha parido”, “Hembra respecto de su hijo o hijos”, “Mujer casada o viuda, cabeza de su casa”. (²⁰⁷)

²⁰⁵ Fustel De Coulanges, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

²⁰⁶ *Ibidem.* p. 60.

²⁰⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la...op.cit.*, pp. 958 y 995.

C.- Biológico.

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, ⁽²⁰⁸⁾ pues es un principio innegable en toda relación de filiación.

Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. ⁽²⁰⁹⁾

La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural. ⁽²¹⁰⁾

D.- Jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción).

²⁰⁸ Cfr. José Álvarez Caperochipi, *op.cit.*, p. 67.

²⁰⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 67 y 68.

²¹⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 67 y 72.

Así, también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.(²¹¹)

En nuestra Legislación, el único Ordenamiento jurídico en el que se define la maternidad, es el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, cuyo artículo 184 señala:

"La relación entre padre e hijo se llama paternidad; y entre madre e hijo, maternidad."

Desde el punto de vista doctrinal, 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. (²¹²)

De acuerdo con estas definiciones, se observa que el concepto aportado por el Código Familiar del Estado de Hidalgo es muy amplio, pues se refiere simplemente a la relación entre madre y descendiente, sin distinguir la forma como se constituye esa relación, cuestión contraria ocurre con las definiciones doctrinales, las cuales son más específicas, al definir esa relación como el estado civil de la madre respecto del hijo o hija consanguíneo, es decir, el que ha dado a luz, así como el estado civil de la madre respecto del hijo o hija adoptivo, aquél incorporado a su familia por un acto de voluntad.

No cabe duda que esta norma es obra de Perogruyo.

²¹¹ Cfr. Felipe Clemente de Diego, *op.cit.*, p. 342; Enrique Guglielmi, *op.cit.*, p. 280; José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español...op.cit.*, p. 5.

²¹² Cfr. Calixto Valverde y Valverde, *op.cit.*, p. 405.

II. Imputación de Maternidad.

1.- Matrimonial y Extramatrimonial.

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad, ya que la maternidad de acuerdo con la máxima romana "*mater semper certa est*", se define y se prueba por el hecho del parto y la identidad del hijo o hija, mientras la paternidad se funda en una maternidad cierta y se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de esa certeza de maternidad y en virtud, de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre sí, dentro del matrimonio.

Así, el vínculo de filiación respecto de la madre resulta siempre de dos hechos susceptibles de prueba directa. El primero, es el parto de la madre y el segundo, es la identidad del descendiente, es decir, la determinación de que el hijo o hija es realmente el que la mujer dio a la luz, probar estos hechos dentro del matrimonio no representa un problema, pues por regla general ambos aspectos son del conocimiento público y el nacimiento del descendiente lejos de intentarse ocultar constituye un motivo de alegría. Cuestión contraria puede ocurrir, cuando la madre no se encuentra unida conyugalmente, porque en este caso pudiera actualizarse la ocultación del parto de la mujer soltera y la identidad del descendiente.

No obstante, como ya señale el nexo materno filial de todos los descendientes concebidos mediante la relación sexual normal dentro del matrimonio o fuera de esta institución, se determina por los dos hechos antes referidos, es decir, el parto de la madre y la identidad del hijo o hija.

El parto de la madre se puede probar a través del certificado del médico u obstetra de quien haya atendido el parto, ya que en dicho documento se detalla el hecho biológico del alumbramiento. La prueba de la identidad del descendiente también puede acreditarse con ese mismo certificado, con el cual se comprueba el parto de

la mujer, pues también de él se infieren otros datos relacionados con el parto, como son: el sexo del nacido, sus características particulares como el peso, el tamaño, la hora y el lugar del alumbramiento. (²¹³)

Respecto al certificado de nacimiento, el artículo 54 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

"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 al parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaría 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."

De conformidad con este precepto, a la declaración de nacimiento se deberá acompañar el certificado de nacimiento suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión o bien, por la persona que haya asistido el parto, quien lo extenderá conforme al formato expedido por la Secretaría de Salud del Distrito Federal. Tal certificado además, hará prueba del día, hora y lugar de nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad. Entonces, con dicho certificado se prueban los extremos de la filiación de la madre con sus descendientes: el parto, la identidad del descendiente y la maternidad.

Asimismo, cabe señalar que el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal, impone a la madre el deber de reconocer a sus descendientes, mismo que podrá ser cumplido de dos formas, ya sea concurriendo personalmente al levantamiento del acta de nacimiento respectiva ante el Juez del Registro Civil, o a través de un representante con mandato especial (²¹⁴)

²¹³ Cfr. Nora Lloveras, *op.cit.*, p. 47.

²¹⁴ Cfr. Marcelo Planiol y Jorge Ripert. *op.cit.*, p. 585; Ambrosio Colin y H. Capitant, *op.cit.*, pp. 567 y 568.

Por otra parte, es importante destacar que en aquellos casos en los cuales exista duda sobre la identidad del descendiente, la prueba de la filiación materna debe completarse con la posesión de estado de hijo o hija, ⁽²¹⁵⁾ la cual debe ser constante, porque no se puede tratar de hechos aislados o pasajeros. El artículo 343 del Código Civil para el Distrito Federal, enumera los principales hechos que reunidos constituyen esta posesión de estado, básicamente este precepto se limita a establecer el *nomen*, el *tractatus* y la *fama*.

El *nomen* consiste en el hecho de usar constantemente el apellido o los apellidos de la supuesta madre, con la anuencia de esta. El *tractatus* es el hecho de haber sido tratado como hijo o hija por la supuesta madre, proveyendo ésta a su subsistencia, educación y establecimiento. La *fama* es el hecho de haber sido reconocido como hijo o hija públicamente por la familia de la supuesta madre. Estos hechos son los principales, pero no los únicos para acreditar la posesión de estado de hijo o hija e incluso el nexo filial respecto de la madre, pues también el artículo 341 de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal, dispone que son admisibles para demostrar la filiación y en este caso la materna, todos los medios de prueba autorizados por la ley, incluyendo los provenientes del avance de los conocimientos científicos. Así, el artículo 341 señala a la letra:

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

Como se observa de la transcripción del artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal, la libertad probatoria en materia de filiación establecida en este precepto, sólo se encuentra limitada con relación a la testimonial, la cual no será admitida, si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o

²¹⁵ Cfr. Roberto De Ruggiero, *op.cit.*, p. 197.

presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Esto evidentemente, se traduce en una amplia libertad de apreciación conferida por la ley a los tribunales, para valorar cualquier supuesto vínculo materno filial.

La acreditación de la filiación materna a través de la posesión de estado de hijo o hija, mediante cualquiera de los medios ordinarios de prueba autorizados por la ley, incluyendo los provenientes del avance de los conocimientos científicos, sólo es necesaria en casos excepcionales, pues la mayor parte de las veces la prueba del nexo materno filial, no representa ningún problema y se demuestra simplemente con el acta de nacimiento, la cual debe reunir ciertos requisitos elementales de forma y fondo.

En principio, el artículo 54 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que las declaraciones de nacimiento se harán presentando al menor ante el Juez del Registro Civil, en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido, acompañando como ya se dijo, el certificado de nacimiento. Asimismo, en el artículo 55 del Ordenamiento legal citado, se determina a la letra las personas a quienes corresponde declarar el nacimiento:

“Tienen obligación de declarar el nacimiento ante el Juez del Registro Civil de su elección, el padre y la madre o cualquiera de ellos; a falta de éstos, los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendentes en tercer grado dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél”.

De acuerdo con esta disposición, el nacimiento de todo menor deberá ser notificado a la brevedad al Juez del Registro Civil correspondiente, recayendo dicho deber en principio, a los progenitores o a falta de ellos, en los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendentes en tercer grado, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que aquél ocurrió.

El incumplimiento del deber de declarar el nacimiento por las personas antes señaladas, las hará merecedoras a una responsabilidad civil e incluso a una responsabilidad penal, tal como lo dispone el artículo 203 fracción III del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, el cual señala a la letra:

“Se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

III. Omite presentar para el registro del nacimiento a una persona, teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación.”

Respecto al levantamiento del acta de nacimiento, según el artículo 58 de la Ley sustantiva civil vigente, esta deberá contener el día, la hora, el lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombres propios y apellidos paterno y materno que le correspondan, la razón de sí se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del presentado.

Asimismo, el artículo 59 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que en todas las actas de nacimiento se deberán asentar los nombres, domicilios y nacionalidad de los progenitores, de los abuelos y de las personas que hubieren hecho la presentación. Esto claro, cuando ambos progenitores se hubieren presentado a levantar el acta de nacimiento o aunque no concurren ambos, se podrán asentar los nombres de todos los mencionados, si los progenitores se encuentran unidos conyugalmente, lo cual deberá ser acreditado obviamente con la presentación del acta de matrimonio respectiva, pues de lo contrario según el artículo 69 del Ordenamiento citado, se prohíbe absolutamente al juez del Registro Civil y a los testigos si los hubiera, hacer inquisición sobre la paternidad.

Por eso, si los progenitores del menor cuyo nacimiento se pretende declarar ante el Juez del Registro Civil, no se encuentran unidos por vínculo conyugal y alguno de ellos dejara de concurrir al levantamiento del acta respectiva, se deberán asentar los dos apellidos del que acuda y en todo caso, se podrá iniciar con

posterioridad el juicio relativo a la investigación de la paternidad o de la maternidad, según sea el caso.

2.- En el Caso del Uso de Métodos de Reproducción Asistida.

Hasta el momento me he referido a la imputación de la maternidad en casos normales, es decir, aquellos en los cuales la madre ya sea dentro del matrimonio o fuera de esa institución, da a luz un descendiente concebido con sus propias aportaciones genéticas. Por eso, considero importante también señalar lo relativo a la imputación de la maternidad en el caso del uso de métodos de reproducción asistida, así como en el de la maternidad subrogada (gestante).

Los métodos de reproducción asistida tienen por objeto salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación, mediante la cópula o coito normal entre un hombre y una mujer. En nuestra legislación, el Código Civil para el Distrito Federal, sólo prevé su uso en personas unidas por vínculo conyugal, mientras en el Código Civil para el Estado de Coahuila, en el cual se contemplan las disposiciones más avanzadas de nuestro país en este rubro, se permite su utilización, tanto entre quienes están unidos en matrimonio como en concubinato.

Las técnicas de reproducción asistida se dividen en dos, inseminación artificial y fecundación extrauterina, ambas tienen como denominador común que no requieren la relación sexual de un hombre y una mujer para fines procreativos, mientras su diferencia radica en cuanto, la inseminación artificial se lleva a cabo dentro del útero de la mujer y la fecundación extrauterina se realiza fuera del cuerpo de la misma. (²¹⁶)

²¹⁶ Cfr. Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *op.cit.*, p. 13.

Asimismo, ambos métodos pueden ser a su vez, homólogos y heterólogos, son de la primera forma, cuando los aportes genéticos provienen de ambos cónyuges y son heterólogos, en todos aquellos casos en los cuales, si bien el descendiente ha sido concebido durante el matrimonio de quienes institucionalmente figuran como su madre y padre, este es el resultado de una fecundación en la que ha intervenido un componente biológico extraño a ambos.

De este modo, la inseminación artificial homóloga es la técnica mediante la cual se inocula el semen del marido, a través de jeringas o catéteres, para después ser depositado lo más cerca de las trompas de falopio, mientras en la fecundación extrauterina homóloga, esa unión del óvulo de la cónyuge y el espermatozoide del marido, tienen lugar en una placa de laboratorio, en la cual se obtiene el embrión que posteriormente será implantado en el útero de la misma. (²¹⁷) En ambos casos, la imputación de la maternidad no representa mayor problema, pues la cónyuge fue quien aportó el óvulo para la fecundación del descendiente y es genéticamente su madre.

A diferencia de lo anterior, cabe destacar que en los supuestos de inseminación artificial y fecundación extrauterina heteróloga, la imputación de la maternidad biológica no puede ser determinada con tanta claridad, a menos de que la esterilidad provenga del marido, lo cual puede ocurrir cuando carece del número de espermatozoides necesarios para realizar la fecundación, o cuando dichos espermatozoides no son viables para la misma, requiriendo con ello la utilización del espermatozoide fértil de un tercero. (²¹⁸) En este caso, como la obtención del embrión fue a través del óvulo aportado por la cónyuge y el componente biológico extraño utilizado fue por vía masculina, también es posible imputar la maternidad biológica a la cónyuge.

²¹⁷ Cfr. Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *op.cit.*, pp. 13, 16 y 17.

²¹⁸ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II...*op.cit.*, p. 44.

No sucedería lo mismo, cuando en estas técnicas de inseminación artificial y fecundación extrauterina heteróloga, se utiliza el óvulo de otra mujer, aunque con posterioridad, el embrión obtenido de la unión de ese óvulo y del espermatozoides del marido, sea implantado en el útero de la cónyuge, pues genéticamente ella no es la madre del descendiente, a pesar de haberlo dado a luz.

No obstante, como en nuestra legislación el Código Civil para el Distrito Federal, sólo prevé el uso de estos métodos en personas unidas por matrimonio y el Código Civil para el Estado de Coahuila, además de ese caso, también los admite en quienes viven en concubinato, exigiendo ambos Ordenamientos, el consentimiento expreso de la pareja para someterse a dichas técnicas, la imputación legal de la maternidad de los descendientes concebidos mediante inseminación artificial o fecundación extrauterina heterólogos, recaerá en la cónyuge o concubina, aun cuando ninguna de ellas haya aportado el óvulo fértil utilizado, para la obtención del embrión que les fue implantado.

Así, de acuerdo con los artículos 293 del Código Civil para el Distrito Federal y 483 y 486 del Código Civil para el Estado de Coahuila, los descendientes nacidos a través del uso de los métodos de reproducción asistida durante el matrimonio, se consideran descendientes de los cónyuges, sin que pueda existir duda respecto de su filiación, por la intervención de un componente biológico extraño a cualquiera de ellos o a ambos y más aun, en este último Ordenamiento esta presunción se hace extensiva en los casos de los descendientes nacidos mediante estas técnicas, durante el concubinato.

Por otra parte, cabe destacar que aun cuando en nuestra legislación, sólo se prevé el uso de las técnicas de reproducción asistida en personas casadas o entre quienes viven en concubinato, considero que la utilización de las mismas no se encuentra prohibida en el caso de personas solteras, pues el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su tercer párrafo:

“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.”

Este precepto constitucional no limita la facultad de tener descendientes a ciertas personas, en función de características especiales, como su edad, estado civil u otra situación de hecho o derecho. Por ello, tal garantía constitucional tienen tanto hombres como mujeres, independientemente de su estado civil y del tipo de método utilizado para la fecundación, ya sea la relación sexual natural o los provenientes de los avances de la ciencia. (²¹⁹)

Ante estas circunstancias, me parece que un futuro no muy lejano va a ser necesaria también la regulación del uso de los métodos de reproducción asistida en personas solteras. (²²⁰) En el caso particular de las mujeres, evidentemente esta cuestión requerirá anteponer en miras al interés del descendiente, la imputación de la maternidad por el parto, sin admitir en ningún caso, impugnaciones mediante las cuales se pretenda refutar la maternidad a través de la determinación biológica, sobre todo en aquellos supuestos en los que para hacer posible la fecundación, haya sido necesario implantar a la madre el óvulo de otra mujer, porque en esta hipótesis el nexo filial no sólo puede atender a un fundamento biológico, sino a la voluntad libre, responsable e informada de procreación de la mujer soltera. (²²¹)

3.- En el Caso de la Maternidad Subrogada. (Gestante)

En este tema será importante iniciar desde su denominación, por la discusión de cual es el vocablo correcto para identificarla, sí subrogada, delegada, incubadora o sustituta, porque de acuerdo con el significado gramatical de dichos términos:

²¹⁹ Cfr. Flavio Galván Rivera, “La Inseminación ...*op.cit.*, p. 83.

²²⁰ Como ya había apuntado, la regulación de la inseminación artificial en mujer soltera fue regulada por primera vez en 1951 en la Ley de Inseminación Sueca. (ver capítulo primero)

²²¹ Cfr. Eduardo Zannoni, *Inseminación Artificial...op. cit.*, p. 497.

"Subrogar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra"; "Delegar" es "Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación"; "Incubar" es "Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos"; "Sustituir o "Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra". (²²²)

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante todo el embarazo hasta el parto.

Por eso, a mi parecer la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante porque "Gestar" significa:

"Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto." (²²³)

La referencia a la maternidad gestante es un tema obligado dentro de este apartado relativo a la imputación de la maternidad, por tratarse de un método de reproducción asistida, que aun cuando no está prohibido expresamente dentro de nuestra legislación, esa prohibición puede derivar de su propia naturaleza jurídica y ética, de acuerdo con el análisis que haré a continuación.

El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, establece el derecho de los cónyuges para decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus descendientes, así como para emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este Ordenamiento, es omiso en cuanto a lo que debe entenderse por método de reproducción asistida, por ello citare las definiciones aportadas por otros dos Ordenamientos legales, como son el Código Civil para el Estado de Coahuila y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

²²² Real Academia Española, *Diccionario de la ...op.cit.*, pp. 429, 739, 1223 y 1224.

²²³ *Ibidem*, p. 664.

El Código Civil para el Estado de Coahuila, establece en su artículo 482:

"Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural."

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, determina en su artículo 40 fracción XI:

"Para los efectos de este reglamento se entiende por:

XI. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro"

De acuerdo con estas definiciones, se puede determinar que el concepto de reproducción asistida, engloba tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro, igualmente denominada fecundación extrauterina o extracorpórea e incluso, la aportada por el Código Civil para el Estado de Coahuila, también incluye la transferencia de embriones y toda técnica que permita la procreación fuera del proceso natural.

A partir de la precisión de ese concepto, es posible inferir que la maternidad gestante se encuentra comprendida dentro los métodos de reproducción asistida, por tratarse de la técnica de inseminación extracorpórea o extrauterina, mediante la cual se realiza la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, con el objeto de obtener el embrión que posteriormente será implantado en el útero de una mujer ajena, a quienes hicieron las aportaciones genéticas, es decir, una madre gestante o madre incubadora, como le denomina el Maestro Ernesto Gutiérrez y González. (²²⁴)

²²⁴ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio...op.cit.*, p. 287.

El definir y especificar cuales son los métodos de reproducción asistida, es una cuestión muy importante y no debiera omitirse en ninguna legislación en la cual se regulen estas técnicas, precisamente, porque ello da certeza jurídica a quienes pretendan someterse a las mismas y evita la actualización de casos que amparados bajo una legislación imprecisa e incompleta, puedan ser contrarios al contexto general del sistema legal.

Destaco este aspecto, por la grave omisión existente en el Código Civil para el Distrito Federal, en cuyo artículo 162 se deja abierta la posibilidad de los cónyuges para tener descendencia a través de cualquier método de reproducción asistida, pues como ya quedó establecido, dentro de dichos métodos se incluye la maternidad gestante, lo cual llevaría a inferir que con fundamento en la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, su utilización está permitida. Sin embargo, considero que no es posible admitir su práctica dada la naturaleza e implicaciones jurídicas y éticas de ese procedimiento.

El vocablo de maternidad subrogada alude a la locución del idioma inglés surrogate motherhood, cuyo significado es gestación de una mujer por cuenta de otra. En opinión de Eduardo Zannoni, este método de reproducción asistida puede presentarse en dos casos, el primero de ellos se actualiza cuando la cónyuge sin ser estéril está imposibilitada biológicamente para sobrellevar el embarazo, requiriendo la fecundación in vitro en una madre gestante, a quien se implanta el embrión de una pareja en su útero para llevar a cabo el embarazo y dar a luz un descendiente en beneficio de esa pareja, constituida por las personas que aportaron el óvulo y el semen, es decir, el embrión implantado. (²²⁵)

²²⁵ Cfr. Eduardo Zannoni, *La Inseminación... op. cit.*, p. 490; Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio...op. cit.*, p. 287.

El segundo caso, se denomina inseminación artificial en madre gestante y tiene lugar, cuando la madre gestante es inseminada con el esperma del cónyuge varón, sobrelleva el embarazo y da a luz un descendiente en beneficio de la pareja. En este caso, la mujer inseminada es genéticamente la madre del nacido, pues es ella quien aporta el óvulo, en virtud de la esterilidad de la cónyuge. (²²⁶)

En realidad, este segundo supuesto no puede ser considerado una maternidad por sustitución, porque la madre gestante coincide con la madre genética. En cambio, en el primer caso, si existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis de la maternidad gestante. (²²⁷)

La maternidad gestante ha cobrado auge en los últimos años en Estados Unidos y Francia, donde asociaciones tales como L' Association National d' Insemination Artificielle par Substitution; Meres d' Accueil; Les Figones; Alma Mater y el Programa de Maternidad Subrogada de Los Angeles, tienen por objeto promover su práctica a través de programas dirigidos a favor de mujeres solteras o parejas, en las cuales, la mujer no está en condiciones biológicas de sobrellevar el embarazo o es estéril. (²²⁸)

Estos programas de maternidad gestante operan bajo un sistema de contratos, mediante los cuales una pareja (o una persona soltera) contrata con una mujer, para que a título oneroso, le sea implantado en la matriz el embrión obtenido de las aportaciones genéticas de esa pareja (o puede coincidir que la madre gestante también sea quien aporte el óvulo para la obtención del embrión posteriormente implantado) y lo desarrolle hasta su nacimiento, para a posteriori una vez nacido, lo entregue a la pareja o persona soltera solicitante.

²²⁶ Cfr. Eduardo Zannoni, *La Inseminación...* op. cit., p. 461.

²²⁷ Cfr. Julio César Rivera, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p. 358.

²²⁸ Cfr. *Idem*; Eduardo Zannoni, *La Inseminación...* op. cit., p. 491.

Bajo estas condiciones, dichos contratos deben necesariamente contener deberes recíprocos, pues la pareja o persona soltera contratante se vincula a pagar el precio fijado por: la implantación del embrión o la inseminación de la madre gestante con el espermatozoides del marido o de un tercero; el embarazo y el alumbramiento y a su vez, la madre gestante está vinculada a cumplir con deberes de hacer y de dar, tales como: no interrumpir voluntariamente el embarazo; facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos; realizar en su caso los tratamientos que se le indiquen para llevar a buen término el alumbramiento y entregar al menor una vez haya nacido. (²²⁹)

Este tipo de negocios, pactos o acuerdos que se celebran en Estados Unidos y Francia son muy criticables, porque en la relación contractual generada, tanto la madre como el embrión primero y más tarde el menor, reciben indefectiblemente el trato de cosas. Así, la madre gestante es vista de esta forma, a través de la prestación de su útero; el embrión aportado por la pareja o el resultante de la fertilización artificial, realizada con las aportaciones genéticas de la madre gestante y del cónyuge varón o de un tercero, es otro objeto; y finalmente el menor, no es más que la cosa debida, es decir, el objeto del contrato. (²³⁰)

Ante estas circunstancias, es preciso distinguir cual es la naturaleza jurídica de esos contratos realizados en Estados Unidos y Francia, pues también ese hecho me servirá para fundamentar mi posición en el sentido de que aun cuando la maternidad gestante no está explícitamente prohibida en el Código Civil para el Distrito Federal, tampoco se puede admitir su práctica, de acuerdo con el contexto general de nuestro sistema jurídico. Así, para este efecto, me referiré a los contratos en los cuales podría encuadrar tal supuesto:

²²⁹ Cfr. Eduardo Zannoni, *La Inseminación...op. cit.*, p. 494.

²³⁰ Cfr. *Idem*.

A.- Compraventa.- Si se pretendiera acordar la maternidad gestante, mediante la forma legal de un contrato de compraventa, se estaría frente a un contrato traslativo de dominio, con fundamento en el artículo 2248 del Código Civil para el Distrito Federal, pues uno de los contratantes se vincula a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez, se vincula a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. No obstante, en el artículo 2269 de ese mismo Ordenamiento legal, se dispone que nadie puede vender sino lo que es de su propiedad y el menor no es un objeto o bien propio. (²³¹)

B.- Arrendamiento.- Mediante este contrato y con fundamento en el artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal, las partes contratantes se vinculan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra a pagar por ese uso o goce un precio cierto. En este caso, importa destacar que el útero no es una cosa porque forma parte de la persona, (²³²) entonces no se puede conceder el uso o goce temporal del mismo. Además, si fuera de esta forma, como se entendería el deber de entregar al menor, pues mediante el contrato de arrendamiento, sólo se concede el uso o goce temporal de algo. (²³³)

C.- Prestación de Servicios.- El artículo 2606 del Código Civil para el Distrito Federal, señala:

“El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.”

Evidentemente, este contrato queda excluido, porque la madre gestante no cuenta con conocimientos profesionales en la materia, no es una profesionista en gestación, ya que se trata de una cuestión biológica y natural. (²³⁴)

²³¹ Cfr. Manuel Chávez Ascencio. *La Familia...* op.cit., p. 59.

²³² Cfr. Eduardo Zannoni. *op. cit.*, p. 473.

²³³ Cfr. Manuel Chávez Ascencio, *op. cit.*, p. 60.

²³⁴ Cfr. *Idem.*

D.- Contrato Innominado.- La forma legal mediante la cual se podría celebrar en aquellos países donde la práctica de este método de reproducción es admitido, es a través de un contrato innominado de derecho civil para la familia con normas de excepción del mismo derecho civil para la familia, pues no se pueden aplicar las reglas generales de los actos jurídicos y en este sentido, es importante destacar lo establecido en los artículos 1858 y 1859 del Código Civil para el Distrito Federal, en los que a la letra se señala:

“Artículo 1858.- Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.”

“Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

El primero de los artículos transcritos se refiere a los contratos que no están especialmente reglamentados o regulados en la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, en cuanto a los deberes principales que se generan como efecto de su celebración, es decir, los denominados contratos innominados, los cuales constituyen una categoría inagotable, porque son el resultado de la realidad cambiante y de las nuevas necesidades de la existencia humana, imposibles de prever en su totalidad por el legislador en modelos definidos y en una reglamentación fija. ⁽²³⁵⁾ Por ello, dichos contratos se regirán atendiendo a las reglas generales de los contratos, a las estipulaciones de las partes o a las disposiciones del contrato reglamentado en la ley, con el cual tengan más analogía.

²³⁵ Cfr. Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos Civiles*, 3ª ed., Porrúa, México, 1989, p. 59.

Evidentemente, el acto jurídico relativo a la maternidad gestante, encuadra en el supuesto de contrato innominado y particularmente del derecho civil para la familia, en virtud, de que su objeto principal entraña una circunstancia novedosa, en relación con los contratos tradicionales reglamentados por la Ley sustantiva civil, al pactarse en él aspectos relativos a una técnica de reproducción asistida, producto de los avances de la ciencia en materia de procreación humana y porque en esa área de la ciencia jurídica, es donde principalmente surgen consecuencias de derecho.

Sin embargo, conviene comentar que desde 1983 el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido, se ha opuesto a la práctica de estos métodos, argumentando los serios trastornos emocionales que pueden sufrir las mujeres sujetas a los mismos, al no poder predecirse de antemano sus actitudes respecto a los descendientes alumbrados por ellas e independientemente, de cualquier sentimiento estar vinculadas a entregarlos. (²³⁶)

Por ese motivo, el Consejo de Europa considera que en principio la maternidad gestante debe prohibirse, pero en el caso de insistir en su práctica, sólo podría permitirse en dos supuestos: El primero, cuando se realice sobre una base exclusivamente benévola y en segundo lugar, cuando la madre gestante tuviese la opción de quedarse con el menor una vez nacido este, si así lo deseara. Dentro de este esquema, es lógica la prohibición absoluta de establecer cualquier acuerdo según el cual, la madre gestante se comprometa a renunciar al menor alumbrado por ella. (²³⁷)

Pero, además de estos aspectos éticos de la maternidad gestante, no debe perderse de vista el punto que interesa de acuerdo con la materia objeto del presente estudio, es decir, con relación a la imputación de la maternidad. Este rubro, sin duda alguna, implica serios inconvenientes en estos procedimientos,

²³⁶ Cfr. Eduardo Zannoni, *La Inseminación...op. cit.*, pp. 491 y 492.

²³⁷ Cfr. *Idem*; Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho Sucesorio... op. cit.*, p. 287.

pues debe precisarse si la imputación de ese nexo materno filial se hará privilegiando, el lazo biológico o el vínculo de la gestación. (238)

En los países donde se permite la práctica de la maternidad gestante, se privilegia el nexo biológico, sin considerar también la importancia de los nexos biosíquicos creados entre el menor y la madre gestante durante los nueve meses del embarazo, ya que, si bien los códigos genéticos del menor son determinantes, también su futura personalidad está vinculada a la salud física y psicológica de la madre durante la gestación, influyendo por ejemplo, la buena alimentación y los trastornos emocionales de la gestante. (239)

Así, la utilización de esta técnica plantea numerosas interrogantes, tanto en el ámbito de la naturaleza como en el del Derecho, respecto de este último, puedo mencionar la dificultad de las siguientes cuestiones:

- a).- La determinación de la maternidad.
- b).- El derecho a interrumpir el embarazo.
- c).- El derecho de la madre gestante a no entregar al menor.
- d).- El derecho a repetir lo pagado, cuando la madre portadora se niega a entregar al menor.
- e).- La revocabilidad del contrato (en este caso los momentos en los cuales se puede dar esa revocación).
- f).- La aplicabilidad o no de las presunciones de paternidad.
- g).- La necesidad de la autorización expresa del marido de la madre gestante.
- h).- La posibilidad de impugnar la maternidad.
- i).- Los posibles derechos hereditarios del menor, cuando sus progenitores biológicos mueren durante la gestación. (240)

²³⁸ Cfr. Julio César Rivera, *op. cit.*, p. 360.

²³⁹ Cfr. *Idem*.

²⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 359.

Precisamente en virtud de todas estas interrogantes, así como de las implicaciones éticas derivadas de este tipo de prácticas y particularmente, por la incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse si se privilegiará el nexo biológico o el nexo biosíquico del embarazo con la madre gestante, estoy a favor de su prohibición en nuestro sistema legal.

III. Impugnación de la Maternidad.

Impugnar la maternidad significa combatir, contradecir o refutar la relación de la madre con el descendiente. Es un derecho concedido por la ley a la madre en limitadas circunstancias, establecidas a través de la acción de impugnación de estado respectiva.

1.- Acción de Impugnación de Estado.

La acción de impugnación de estado tiene por objeto modificar, excluir o extinguir los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado de filiación que ostenta un individuo, por ser contrario a la realidad biológica. (²⁴¹)

Mediante esta acción, se pretende establecer que un descendiente no tiene derecho al estado de filiación que en apariencia posee. (²⁴²)

A.- Acción de Impugnación de la Maternidad.

La acción de impugnación de la maternidad no se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que en dicho Ordenamiento la misma solamente es enunciada en el artículo 336, el cual dispone a la letra:

²⁴¹ Cfr. Nora Lloveras, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

²⁴² Cfr. Ambrosio Colín y H. Capitant, *op. cit.*, p. 626.

“En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.”

Atendiendo a este precepto, cabe decir que el simple hecho de enunciar esta acción en la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, da lugar a interpretar la posibilidad de hacerla valer en la práctica, aun cuando la misma no se encuentre propiamente regulada, como si sucede en el caso de la acción de impugnación de la paternidad. Sobretudo, porque al mencionarse en el artículo transcrito, el legislador no tuvo la voluntad de privar a la mujer de este derecho y más allá de esto, también porque con fundamento en el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se trata de una acción del estado civil, cuyo objeto es resolver lo relativo a una cuestión controvertida de la filiación.

De este modo, tratándose de una acción del estado civil, la acción de impugnación de la maternidad, tiene por objeto atacar un estado civil a través de la modificación, exclusión o extinción de los presupuestos de un determinado emplazamiento de maternidad que ostenta una mujer, por ser contrario a la realidad biológica.

Ya decía, en el apartado de este capítulo relativo a la imputación de maternidad, que el nexo materno filial de todos los descendientes concebidos mediante la relación sexual normal dentro del matrimonio o fuera de esta institución, se determina por dos hechos: el parto de la madre y la identidad del descendiente. Por lo tanto, la impugnación de la maternidad deberá versar sobre alguno de estos supuestos. Asimismo, para la procedencia de la acción, será necesario la existencia de un título de estado de hijo o hija, es decir, el pretendido descendiente debe estar inscrito en el Registro Civil correspondiente, figurando en el acta el nombre de la mujer, cuya maternidad se controvierte. (²⁴³)

²⁴³ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T.II...op. cit., p. 437.

Así, el primer caso de impugnación de maternidad es la suposición de parto, este supuesto se actualizaría, si se prueba que a pesar de la declaración hecha ante el Juez del Registro Civil, no existió el parto atribuido a determinada mujer, lo cual se puede comprobar, mediante el falso certificado médico u obstétrico, así como a través de los falsos testimonios de la supuesta madre y de quienes comparecieron para obtener el acta de nacimiento falsa. (²⁴⁴)

El segundo supuesto de impugnación de maternidad, es la sustitución del descendiente verdadero, en este caso, aun cuando si puede acreditarse la existencia del parto, la declaración del nacimiento realizada ante el Juez del Registro Civil, recae no en el hijo o hija dado a luz, sino en otro. Esta situación es difícil pensar que se pudiera producir por decisión deliberada de los progenitores, sin embargo puede ocurrir por un error de las personas que intervinieron en el parto, como son las enfermeras o los médicos. Ejemplo de ello, son las confusiones presentadas en establecimientos médicos, donde nacidas las criaturas son entregadas equivocadamente a quienes no son sus progenitores, quienes las registran erróneamente asentando sus nombres en el acta de nacimiento respectiva. (²⁴⁵)

Pero no obstante, la dificultad de concebir la sustitución del hijo o hija verdadero por una acción deliberada de sus progenitores, no se puede ignorar la existencia de casos en los cuales, dicha sustitución atiende a una maniobra dolosa, como por ejemplo, cuando el descendiente verdadero ha nacido muerto y se le sustituye por otra criatura, a quien se le registra ante el Juez del Registro Civil como hijo o hija propio. (²⁴⁶)

²⁴⁴ Cfr. Manuel Chávez Asencio, *La Familia...op. cit.*, p. 107.

²⁴⁵ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia...op. cit.*, p. 439.

²⁴⁶ Cfr. *Idem*.

De tal forma, es factible que los casos de impugnación de la maternidad, puedan dar lugar también a la imputación de conductas delictivas contra el estado civil, al tenor de lo dispuesto en el artículo 203 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

“Se impondrán de uno a seis años de cien a mil multa, al que con el fin de alterar el estado civil incurra en alguna de las conductas siguientes:

- I. Presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda;
 - II. Inscriba o haga registrar el nacimiento de una persona, sin que esto hubiese ocurrido;
 - III. Omita presentar para el registro del nacimiento a una persona, teniendo dicha obligación, con el propósito de hacerle perder los derechos derivados de su filiación;
 - IV. Declare falsamente el fallecimiento de una persona en el acta respectiva;
 - V. Presente a registrar a una persona, atribuyendo a terceros la paternidad que no le corresponda;
 - VI. Usurpe el estado civil o la filiación de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan;
 - VII. Sustituya a un menor por otro o cometa ocultación de aquél para perjudicarlo en sus derechos de familia; o
 - VIII. Inscriba o haga registrar un divorcio o nulidad de matrimonio inexistentes o que aún no hubiesen sido declarados por sentencia que haya causado ejecutoria.
- El juez podrá prescindir de la sanción si el agente actúa por motivos nobles o humanitarios, en el caso a que se refiere la fracción I de este artículo.”

Con fundamento en el precepto antes transcrito, la suposición de parto puede encuadrar en las fracciones I, V y VI, mientras la sustitución de hijo o hija verdadero, actualiza el supuesto hipotético determinado en la fracción VII.

Por otra parte, con relación a la legitimación activa para impugnar la maternidad, importa destacar que ante la ausencia de disposiciones legales en esta materia, este rubro no está plenamente determinado, pues el artículo 336 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, sólo dispone:

“En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo...”

Por ello, partiendo de la base de que las acciones del estado civil no se limitan a los titulares de los derechos garantizados por la acción, sino también a todo tercero quien invoque un interés legítimo, tendrán legitimación activa para realizar dicha impugnación, el descendiente; la madre; el marido de ésta, si la misma se encuentra unida conyugalmente; los herederos de la madre soltera; los herederos de ambos progenitores si están casados y en general, cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

El descendiente indudablemente puede impugnar el nexo filial que en apariencia posee con una determinada mujer, en virtud de ser éste contrario a la realidad biológica, sobretodo en aquéllos casos en los cuales pretendiera ejercitar otra acción de investigación de la maternidad, en contra de quien considera su verdadera madre, pues primeramente está vinculado a combatir ese estado civil aparente. (²⁴⁷)

En el supuesto de que la madre impugne la filiación del descendiente, sólo será admitida si no actuó o fue cómplice de la maniobra dolosa, a través de la cual se le atribuye falsamente la maternidad, por eso únicamente podrá intentar la acción, cuando arguya de falso el certificado del médico u obstetra, alegue la sustitución de su verdadero descendiente o la incertidumbre acerca de la identidad del mismo, pero en todos estos supuestos, deberá proporcionar las razones que descarten su autoría o participación, en hechos que signifiquen imputarle el obrar de manera irregular o delictiva. (²⁴⁸)

Tratándose de una mujer casada, la impugnación será de la filiación matrimonial, porque dentro de esta institución, el nexo filial de los descendientes habidos durante la misma es indivisible y de la certeza de maternidad deriva la paternidad, en virtud de las presunciones establecidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal. En este caso, pueden ejercitar la acción, además de la madre

²⁴⁷ Cfr. Manuel Chávez Asencio, *La Familia...op. cit.*, p. 108.

²⁴⁸ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia. . op. cit.*, p. 440.

su cónyuge, pues si el presunto descendiente no lo es de la madre tampoco lo es del padre.

Los terceros pueden impugnar la maternidad, cuando acrediten su interés jurídico y en este caso, se consideran terceros con interés legítimo, aquellos parientes que sin ser herederos tratan de impedir la usurpación del apellido familiar por quien en realidad no pertenece a la familia. Asimismo, en tal caso se pueden encontrar, la mujer quien compruebe ser la verdadera madre del hijo o hija, cuya filiación se discute o también quienes invoquen intereses económicos, como son los herederos, ya sea, de la supuesta madre soltera o de los supuestos progenitores en el caso de la madre casada, porque como ya decía, la filiación matrimonial es indivisible. (²⁴⁹)

De este modo, dependerá de la persona que entable la acción de impugnación de maternidad, para determinar la parte demandada. Así, la acción del descendiente será en contra de quien sea su madre aparente, según la inscripción registral, aun cuando la misma se encuentre unida por vínculo conyugal con el padre de ese hijo o hija, ya que es posible la actualización de casos en los cuales, un hombre al contraer nupcias con una mujer distinta a la madre de su hijo o hija, comparezca junto con ella a registrarlo como si fuera descendiente de ambos, aunque sólo lo sea de él.

En caso de ser la supuesta madre, quien realice la impugnación del nexo filial aparente, la acción se dirigirá contra el hijo o la hija, el cual, si fuere menor deberá estar representado por un tutor interino, según el artículo 336 del Código Civil para el Distrito Federal.

Entablada la acción por un tercero, como podrían ser los herederos u otros parientes que sin ser herederos, traten de impedir la usurpación del apellido familiar por quien en realidad no pertenece a la familia, la misma se dirigirá contra

²⁴⁹ Cfr. Eduardo Zannoni, *Derecho Civil. Derecho de Familia... op. cit.*, p. 440.

el presunto hijo o hija. Pero si quien la ejercita es la mujer que alega ser la madre verdadera del presunto hijo, se dirigirá además, en contra de quien aparece como la supuesta madre o los supuestos progenitores en el acta de nacimiento respectiva y siempre y cuando ésta o éstos todavía vivan.

Finalmente, con relación a la caducidad de la acción de impugnación de la maternidad, considero que como la ley no hace referencia alguna en este rubro, al no reglamentar específicamente esta acción, la misma puede ser deducida en todo tiempo.

B.- Impugnación de la Maternidad de los Descendientes Concebidos Mediante el Uso de Técnicas de Reproducción Asistida.

Como ya he señalado en múltiples ocasiones, en nuestro sistema jurídico el Ordenamiento legal en el cual se contemplan las disposiciones jurídicas más avanzadas en materia de los métodos de reproducción asistida, es en el Código Civil del Estado de Coahuila, en cuyo artículo 490 se determina a la letra:

“La identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, está permitida cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo filiatorio. También está permitido a la persona la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.”

De acuerdo con este precepto, en la Entidad Federativa donde esta Ley sustantiva civil es aplicable, se deja totalmente abierta la posibilidad de impugnar la maternidad de los descendientes concebidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, al posibilitar la identificación de toda persona concebida de esta forma, a través de sus improntas genéticas, para establecer o rechazar un lazo filial, precisando que en el caso de fecundación asistida heteróloga, no se establecerá ningún nexo filial entre el hijo o la hija y quien aporta los gametos.

A diferencia de lo anterior, como ya explique en otro apartado de esta investigación, en el Código Civil para el Distrito Federal, no existe una verdadera regulación de los métodos de reproducción asistida, pues son insuficientes los preceptos relativos a este rubro. Particularmente, en el caso de la impugnación de la maternidad este Ordenamiento es omiso, ya que sólo hace referencia a la impugnación de la paternidad de los descendientes concebidos de esta forma, la que por cierto está prohibida, si hubo consentimiento expreso de ambos cónyuges en la utilización de los mismos.

Por este motivo, considero importante la regulación que al respecto pueda realizar el legislador, especialmente en el sentido de permitir la impugnación de la maternidad de los descendientes concebidos a través del uso de estas técnicas, ante la actualización de casos que puedan presentarse en la realidad, tales como la posibilidad de cambio en los componentes genéticos, pues si en ocasiones se ha visto en los centros de salud, errores humanos en los cuales se han cambiado menores recién nacidos, por qué entonces no prever la probabilidad de una situación similar, sobretodo si se toma en cuenta el tamaño minúsculo de las aportaciones genéticas.

En otro orden ideas, es importante resaltar que hasta el momento me he referido a la acción de impugnación de la maternidad, mediante la cual se modifica, excluye o extingue el presupuesto de un determinado emplazamiento de maternidad de un individuo, por ser contrario a la realidad biológica. Por ello, a continuación me avocaré al análisis de la categoría inversa a este supuesto, la cual se presenta a través de las acciones de reclamación de estado, cuyo objetivo es establecer el nexo de filiación de un individuo, ya sea, dentro del matrimonio o fuera de esta institución.

En el presente capítulo no enfatizo en la acción de reclamación de hijo o hija de matrimonio, porque la misma ya fue analizada en el capítulo anterior del presente trabajo de investigación, intitulado "La Paternidad", de tal forma sólo analizaré lo

relativo a la acción de reclamación de maternidad del descendiente nacido fuera de matrimonio, la cual se denomina comúnmente con el nombre de investigación de la maternidad.

IV. Investigación de la Maternidad.

1.- Concepto.

A.- Gramatical.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "investigar" significa:

"Hacer diligencias para descubrir algo" o "Realizar actividades intelectuales y experimentales de modo sistemático con el propósito de aumentar los conocimientos sobre una determinada materia". Asimismo, según el diccionario aludido, el vocablo "maternidad" significa "Estado o Cualidad de madre". (²⁵⁰)

Por ello, se puede afirmar que desde el punto de vista gramatical, la investigación de la maternidad constituye el conjunto de diligencias que a través de la reflexión, el examen y la experimentación, tienen como objetivo descubrir la calidad de madre de una persona.

B.- Jurídico.

Desde el punto de vista jurídico, se entiende por investigación de la maternidad, el derecho que tienen los descendientes habidos fuera de matrimonio, de acudir ante los tribunales, a efecto de aportar las pruebas de su filiación materna, a fin de que sea ésta declarada por los mismos, cuando así se compruebe y consecuentemente, se obligue a la madre demandada a cumplir con los deberes y derechos impuestos por la relación materno filial. (²⁵¹)

²⁵⁰ Real Academia Española. *Diccionario...op. cit.*, pp. 879 y 995.

²⁵¹ Cfr. Manuel Chávez Ascencio, *La Familia...op. cit.*, p. 175.

Una vez expuestos los significados gramatical y jurídico de la investigación de la maternidad, debe destacarse la falta de concordancia entre ambos, respecto de la parte actora, porque investigar significa hacer diligencia para descubrir una cosa y en el presente caso, quien intenta la acción debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba para reputar la maternidad a determinada persona e incluso, antes de intentar su demanda debió haber llevado a cabo una actividad de indagación, a fin de tener indicios suficientes que apoyen su pretensión.

No obstante, no debe perderse de vista que de acuerdo con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el juez de lo familiar competente para dirimir la controversia, podrá valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, así como de cualquier cosa o documento perteneciente a las partes o a un tercero, para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, con la única limitante de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral. Es más, esta facultad del juzgador en materia familiar se ejerce de oficio, pues el artículo 941 de la Ley adjetiva citada, señala a la letra:

"El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros."

De tal forma, es posible que el juzgador en materia familiar pueda ordenar para mejor proveer, las pruebas que estime convenientes para comprobar el nexo biológico entre el descendiente y la presunta madre, con lo cual si se actualiza la concordancia entre el significado gramatical y jurídico de la investigación de la maternidad, pues realmente el juez realiza las diligencias necesarias para corroborar la certeza del nexo materno filial materia de la controversia.

2.- Regulación de la Investigación de la Maternidad en la Actualidad.

El Código Civil Federal del 2000, sigue el mismo sistema de regulación de la investigación de la maternidad establecido en el Código Civil para el Distrito Federal del mismo 2000, dado que en sus artículos 385 admiten esta acción de reclamación de estado, casi en los mismos términos, como puede corroborarse con la siguiente transcripción de los preceptos señalados.

Código Civil Federal:

Artículo 385.- "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y 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."

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."

La única diferencia entre los artículos antes transcritos, radica en que en el Código Civil Federal, se posibilita su ejercicio a los descendientes nacidos fuera de matrimonio, mientras en el Código Civil para el Distrito Federal, se deja abierta esa posibilidad a los hijos e hijas en general, sin distinguir si estos nacieron dentro de la institución matrimonial o fuera de la misma. Sin embargo, en ambos se advierte un sistema abierto tanto para investigar la maternidad, como para probar el nexo materno filial a través de cualquier medio ordinario de prueba, con excepción de aquellos casos en los cuales, la indagación tenga por objeto atribuir el hijo o hija a una mujer casada.

Es importante destacar que esa única limitante relativa a prohibir la investigación de la maternidad, cuando la indagación tiene por objeto atribuir el descendiente a una mujer casada, ha subsistido en nuestro sistema legal desde la primera Ley sustantiva civil que existió en nuestro país, pues la misma disposición ha estado vigente desde el Código Civil de Oaxaca de 1827. El fundamento de esta norma en la antigüedad, fue impedir el escándalo y las extorsiones de que podrían ser víctimas mujeres casadas, a quienes se podría afectar su buen nombre, así como el de sus maridos y familia en general, aun cuando dichas acciones fuesen rechazadas. (²⁵²)

Pero en la actualidad, el motivo de su permanencia no queda muy claro, sobretodo porque hoy en día la legislación sustantiva civil vigente, permite la investigación de paternidad en todos los casos, ya sea el padre un hombre casado o soltero. Entonces, la pregunta obligada es ¿Por qué el legislador sigue haciendo una diferencia tan tajante, si con fundamento en el artículo cuarto constitucional, el hombre y la mujer son iguales ante la ley?

Desde luego, que si el descendiente nace dentro de los plazos legales establecidos en los artículos 324 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, no hay lugar para entablar la investigación de la maternidad, porque comprobado el parto de la madre y la identidad del hijo o hija con el que dio a la luz la misma, el padre será el marido de la madre. Pero cuando se trate de un descendiente que haya tenido la mujer antes de contraer matrimonio, no tiene justificación la prohibición, pues sólo se trata de una norma desigual en razón del sexo de los progenitores y por ello considero que el legislador debe pensar seriamente, si realmente es necesaria en la práctica y si es posible derogarla.

En otras legislaciones como la Argentina, esa igualdad de los descendientes ante la ley tan pregonada, se manifiesta en el derecho de todos los individuos sin límite alguno para conocer la verdad de su origen, sin importar la circunstancia de que

²⁵² Cfr. Augusto César Belluscio, *op.cit.*, p.226.

acaezca dentro o fuera del matrimonio, pues este hecho resulta irrelevante para la Ley 23.264, por eso en este Ordenamiento se ha derogado la prohibición de investigar la filiación, cuando tenga por objeto atribuir un hijo o hija a una mujer casada. Así, el principio de igualdad al que me refería se concreta en una doble vertiente: los descendientes son iguales en sus derechos y todos ellos sin ninguna distinción, tienen el derecho al reconocimiento y determinación de su origen. (²⁵³)

Pero no obstante, que en nuestro sistema legal subsiste la disposición prohibitiva de investigar la filiación materna, cuando su objetivo sea la atribución de un descendiente a una mujer casada, dicha prohibición deja de tener efecto, cuando la maternidad se deduzca de una sentencia civil o criminal, según los artículos 386 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal. Ello significa entonces, que por orden judicial es posible investigar la maternidad en cualquier caso, independientemente si la madre está casada o es soltera.

Por otra parte, en cuanto a la legitimación activa para intentar la acción de investigación de la maternidad, el Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal, señalan en sus artículos 385 que corresponde a los hijos e hijas y a sus descendientes. Así, en principio el derecho de ejercitarla es del hijo o la hija, quien siendo menor de edad deberá estar representado por un tutor o representante, pero si no la interpone en vida, tienen la posibilidad de hacerlo sus descendientes, quienes también pueden tener la calidad de herederos, sin embargo en todo caso, quedan excluidos los herederos testamentarios no descendientes.

En cuanto al término otorgado por la ley para interponer la acción de investigación de la maternidad, los artículos 388 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, determinan que la acción sólo puede ser intentada durante la vida de la madre. Pero si la madre hubiera muerto durante la minoría de edad del hijo o hija, este tiene el derecho de ejercitarla antes de que se cumplan cuatro

²⁵³ Cfr. Nora Lloveras, *op. cit.*, pp. 5, 36 y 37.

años de su mayor edad, lo cual implica lógicamente su ejercicio en contra de los descendientes o herederos de la presunta madre.

Así, es evidente que la acción no caduca necesariamente a los cuatro años, a partir de que el menor cumpla la mayoría de edad, pues dicho plazo sólo se aplica en el caso del fallecimiento de la presunta madre, porque en los demás supuestos, el ejercicio de la acción sólo tiene como límite la vida de la madre.

CAPITULO CUARTO

PRUEBA CIENTÍFICA DE LA FILIACIÓN.

Introducción.

I. Teoría de la Prueba.

1.- Concepto de Prueba.

A.- Gramatical.

B.- Jurídico.

C.- Diferencia entre Prueba y Medios de Prueba.

2.- Principios Generales de la Prueba.

A.- Principio de la Necesidad de la Prueba y de la Prohibición de Aplicar el Conocimiento Privado del Juez sobre los Hechos.

B.- Principio de la Eficacia Jurídica y Legal de la Prueba.

C.- Principio de la Unidad de la Prueba.

D.- Principio de la Comunidad de la Prueba.

E.- Principio del Interés Público de la Función de la Prueba.

F.- Principio de la Lealtad y Probidad o Veracidad de la Prueba.

G.- Principio de la Contradicción de la Prueba.

H.- Principio de la Igualdad de Oportunidades para la Prueba.

I.- Principio de la Publicidad de la Prueba.

J.- Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba.

K.- Principio de la Legitimación para la Prueba.

L.- Principio de la Preclusión Sobre el Ofrecimiento de la Prueba.

M.- Principio de la Inmediación y de la Dirección del Juez en la Producción de la Prueba.

N.- Principio de la Imparcialidad del Juez en la Dirección y Apreciación de la Prueba.

Ñ.- Principio de la Originalidad de la Prueba.

O.- Principio de la Concentración de la Prueba.

P.- Principio de la Libertad de la Prueba.

Q.- Principio de la Pertinencia, Idoneidad y Utilidad de la Prueba.

R.- Principio de la Naturalidad o Espontaneidad y Licitud de la Prueba y del Respeto a la Persona Humana.

S.- Principio de la Obtención Coactiva de los Medios Materiales de Prueba.

T.- Principio de la Evaluación o Apreciación de la Prueba.

U.- Principio de la Carga de la Prueba y de la Autorresponsabilidad de las Partes por su Inactividad.

V.- Principio de Oralidad en la Práctica de la Prueba.

W.- Principio de la no Disponibilidad e Irrenunciabilidad de la Prueba.

X.- Principio de la Gratuidad de la Prueba.

3.- Objeto y Carga de la Prueba.

A.- El Objeto de la Prueba Judicial.

B.- Diferencia entre el Objeto y el Fin de la Prueba.

C.- Derecho a la Prueba. (derecho subjetivo de probar)

D.- La Carga de la Prueba.

E.- Características Esenciales sobre la Carga de la Prueba.

4.- Clasificación de las Pruebas.

A.- Según su Objeto (pruebas directas e indirectas; principales o accesorias)

B.- Según su Forma (pruebas escritas y orales)

C.- Según su Estructura o Naturaleza (pruebas personales y reales o materiales)

D.- Según su Función (pruebas históricas y críticas o lógicas)

E.- Según su Finalidad (prueba de cargo y de descargo o contrapueba; pruebas formales y sustanciales)

F.- Según su Resultado (pruebas plenas, perfectas o completas e imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas; pruebas veraces y falsas)

G.- Según los Sujetos Proponentes de la Prueba (prueba de oficio, de partes o de terceros)

H.- Según su Oportunidad o el Momento en que se Producen (procesales o judiciales y extrajudiciales; preconstituidas y casuales)

I.- Según su Utilidad (pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles)

J.- Según sus Relaciones con Otras Pruebas (pruebas simples y compuestas o complejas; concurrentes y contrapuestas)

K.- Según su Licitud o Illicitud (pruebas lícitas e ilícitas)

5.- Medios de Prueba.

A.- Confesional.

- a).- Concepto.
- b).- Clases de Confesión.
- c).- Sujetos del Acto Confesorio.
- d).- Ofrecimiento de la Prueba Confesional.
- e).- Citación del Absolvente.
- f).- Las Posiciones.
- g).- Formalidades Procesales de la Prueba Confesional.
- h).- La Prueba Confesional en los Juicios de Filiación.

B.- Testimonial.

- a).- Concepto.
- b).- Objeto del Testimonio.
- c).- Sujetos del Testimonio.
- d).- Clases de Testimonios y de Testigos.
- e).- Ofrecimiento y Preparación de la Prueba Testimonial.
- f).- Formalidades Procesales de la Prueba Testimonial.
- g).- Tacha de Testigos.
- h).- La Prueba Testimonial en los Juicios de Filiación.

C.- Pericial.

- a).- Concepto.
- b).- Objeto de la Prueba Pericial.
- c).- Características Generales de la Prueba Pericial.
- d).- Clases de Peritaciones y de Peritos.
- e).- El Perito.
- f).- Ofrecimiento de la Prueba Pericial.
- g).- Formalidades Procesales de la Prueba Pericial.
- h).- El Dictamen Pericial.
- i).- La Prueba Pericial en los Juicios de Filiación.
 - 1.- La Prueba Hematológica.
 - 2.- La Prueba de Maduración Fetal.
 - 3.- La Prueba Antropológica o Heredobiológica.
 - 4.- El Método de Kühne o Prueba Morfológica de la Columna Vertebral.

5.- El Sistema HLA (human leukocyte antigen)

6.- La Prueba de Compatibilidad Inmunogenética.

7.- La Prueba del ADN o de la Identificación de Personas a través del Ácido Desoxirribonucleico.

j).- Comentarios Relativos a la Resolución Emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Respecto de la Contradicción de Tesis 81/2002 PS, Suscitada entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Vigésimo tercer Circuito.

D.- Documental.

a).- Concepto.

b).- Objeto del Documento y su Contenido.

c).- Sujetos del Documento.

d).- Clases de Documentos.

e).- Ofrecimiento de la Prueba Documental.

f).- Impugnación de la Prueba Documental.

g).- La Prueba Documental en los Juicios de Filiación.

E.- Indicios.

a).- Concepto.

b).- Naturaleza de la Prueba de Indicios.

c).- Diferencia entre Indicios y Presunciones.

d).- Clases de Indicios.

e).- Importancia de la Prueba de Indicios.

f).- La Prueba de Indicios en los Juicios de Filiación.

F.- Presunciones.

a).- Concepto.

b).- Clases de Presunciones.

c).- Naturaleza Jurídica de la Presunción.

d).- Formas de Atacar una Presunción.

e).- La Prueba Presuncional en los Juicios de Filiación.

6.- Valoración de la Prueba.

- A.-** Concepto de Valoración o Apreciación de la Prueba Judicial.
- B.-** Sistemas para la Apreciación de la Prueba.
- C.-** Las Diversas Operaciones del Proceso Mental de Valoración o Apreciación de la Prueba.
- D.-** Momento en que se Ejerce la Actividad Valorativa.
- E.-** Fin de la Apreciación o Valoración de la Prueba.
- F.-** Resultado Final de la Valoración de la Prueba.

Introducción.

Una vez que en los anteriores capítulos expuse lo relativo a la filiación, paternidad y maternidad, con la finalidad de analizar de manera global la institución y los términos correlativos de la misma, sobre los cuales recae el tema de derecho civil para la familia del presente trabajo, en este capítulo me avocaré a la exposición de la prueba de la filiación.

Este capítulo reviste especial importancia, ya que en realidad los problemas de filiación constituyen problemas de derecho probatorio. Por eso, en primer lugar realizaré una breve exposición de los aspectos más relevantes de la Teoría de la Prueba, iniciando con una de las cuestiones más difíciles de determinar, como es el concepto de la prueba judicial, la cual puede ser definida a partir de diversas acepciones, tanto desde el punto de vista gramatical como jurídico, para después hacer la distinción con el concepto de medios de prueba.

Asimismo, dentro de la exposición de los aspectos más relevantes de la Teoría de la Prueba, analizaré otros temas, como son: los principios generales de la prueba; el objeto y la carga de la prueba; la clasificación de las pruebas de acuerdo a diversos criterios; los medios de prueba (confesional, testimonial, pericial, documental, indiciaria y presuncional) finalizando con todo lo relativo a la valoración de la prueba. Dentro de estos, enfatizaré en los medios de prueba, refiriéndome a ellos primeramente de forma general, para luego hacer la aplicación de cada uno al tema específico de la filiación.

Evidentemente y en virtud de que el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un sistema de libertad probatoria en materia de filiación, al admitir probar la paternidad y la maternidad con cualquiera de los medios ordinarios de prueba, incluso a través de la prueba biológica o de la proveniente del avance de los conocimientos científicos, destacare estas últimas en el apartado relativo a la prueba pericial.

En particular, expondré la prueba hematológica; la prueba de maduración fetal; la prueba antropológica o heredobiológica; el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral; el sistema HLA –human leukocyte antigen-; la prueba de compatibilidad inmunogenética y la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico.

Aun cuando todos estos métodos, contribuyen con la ciencia jurídica en el conocimiento del nexo biológico entre los descendientes y sus ascendientes, este objetivo lo cumplen en distinta proporción. A este respecto, me referiré en su análisis, para entender el grado de certeza que cada una puede proporcionar al Derecho para la determinación de la filiación.

Sin embargo, no pretendo de manera alguna aportar una detallada explicación de las técnicas médicas usadas, para obtener los resultados de inclusión y exclusión del nexo filial controvertido, pues ello pertenece al campo de la biología y resulta inabordable en el presente trabajo de investigación jurídica, sobre todo porque para su comprensión es indispensable un especial conocimiento técnico.

Más bien, la finalidad es proporcionar un breve análisis de las mismas, destacando su importancia hoy en día, dado que en el actual momento de la ciencia otorgan mucho más certeza, respecto de los medios probatorios tradicionalmente admitidos por el Derecho.

I. Teoría de la Prueba.

1.- Concepto de Prueba.

La prueba tiene diversos significados tanto en el lenguaje común como en el lenguaje jurídico. Por ello, esta es la primera dificultad que se presenta al abordar su estudio. (²⁵⁴)

A.- Gramatical.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra prueba con varios significados, dentro de los cuales destaco dos de ellos. El primero, es la

“Acción y efecto de probar”, mientras el segundo, es la “Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”. (²⁵⁵)

Así, en primer lugar la palabra prueba en el lenguaje común, se usa como la actividad de probar, mientras el verbo probar según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa:

“Justificar, manifestar, hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo...”
(²⁵⁶)

Entonces desde esta perspectiva, el concepto de prueba coincide con la segunda definición gramatical aportada, pues se trata de toda aquella actividad realizada para la justificación, manifestación o comprobación, tanto de la verdad de los hechos controvertidos, como de las proposiciones afirmadas en juicio, a través de los medios autorizados y reconocidos por la ley.

²⁵⁴ Cfr. Francesco Camelutti. Trad. por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, *La Prueba Civil*, 2ª ed. Ed. Depalma. Argentina. 1982, p. 38; Antonio Dellepiane, *Nueva Teoría de la Prueba*, 9ª ed., Ed. Temis, Colombia. 1997, p. 7.

²⁵⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la...op.:it.*, p. 1257.

²⁵⁶ *Ibidem.* p. 1246.

Al respecto, Francesco Carnelutti señala que en el lenguaje común prueba se usa como comprobación de la verdad de una proposición, pues sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada, pero en rigor debe diferenciarse del procedimiento empleado para la verificación de esa proposición afirmada, es decir, de la actividad probatoria y para hacer palpable esa distinción, ejemplifica esa noción común de la prueba de la siguiente forma: en una operación aritmética cualquiera, al verificarse su resultado mediante otra operación, surge la prueba, cuyo objetivo es la verificación del resultado afirmado. Entonces, una cosa es la prueba, es decir, la comprobación del resultado y otra es la actividad mediante la cual se va a conocer el resultado de dicha operación aritmética, porque este conocimiento no es la prueba, pero da la prueba del resultado afirmado. (²⁵⁷)

Sin embargo, señala Carnelutti que en el lenguaje común se produce una transposición en el significado del vocablo, en virtud de la cual prueba no designa tan sólo la comprobación, sino también el procedimiento o la actividad usada para tal comprobación y de este modo, es posible que gramaticalmente la prueba no sea únicamente, la demostración de la exactitud del resultado de la operación aritmética obtenida mediante otra operación, sino también la actividad mediante la cual se obtuvo dicha demostración. (²⁵⁸)

De esta forma, desde el punto de vista gramatical, prueba significa tanto la comprobación de la verdad de una proposición afirmada, como el procedimiento o la actividad mediante la cual se comprueba la proposición afirmada. (²⁵⁹)

²⁵⁷ Cfr. Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

²⁵⁸ Cfr. *Ibidem.*, p. 40.

²⁵⁹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. I, 5ª ed., Victor P. De Zavalia Editor, Argentina, 1981, p. 29.

B.- Jurídico.

Para Francesco Camelutti, el valor originario del vocablo prueba en el lenguaje corriente que radica en el concepto de comprobación, se conserva en el campo jurídico, porque casi toda la doctrina en este ámbito conceptúa a la prueba, como la demostración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales o más brevemente, la demostración de la verdad legal de un hecho. (²⁶⁰)

De la misma forma, Mateos Alarcón siguiendo a Laurent señala, que la prueba

“...es la demostración legal de la verdad de un hecho.” (²⁶¹)

Mientras las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio y en particular la Ley I, del Título XIV, de la Partida Tercera, expresa:

“Que cosa es prueba et quien la puede facer.

Prueba es averiguamiento que se face en juicio en razon de alguna cosa que es dubdosa: et naturalmente pertenesce la prueba al demandador quando la otra parte le negare la demanda, ó la cosa ó el fecho sobre que le face la pregunta; ca si lo non probase deben dar por quito al demandado de aquella cosa que non fue aprobada contra él, et non es tenuta la parte de probar lo que niega porque non lo podrie facer, bien asi como la cosa que non es, non se puede probar nin mostrar segunt natura: otrosi las cosas que son negadas en juicio non las deben nin las pueden probar aquellos que las niegan sinon en aquella manera que diremos adelante en las leyes deste titulo” (²⁶²)

Por su parte, Hernando Devis Echandía y Antonio Dellepiane aportan definiciones más completas del vocablo prueba, al incorporar en sus conceptos las tres acepciones con las cuales se le puede definir en el derecho procesal.

²⁶⁰ Cfr. Francesco Camelutti, *op. cit.*, pp. 42 y 44.

²⁶¹ Cfr. Manuel Mateos Alarcón, *Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal*, 3ª ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 2.

²⁶² Real Academia de la Historia, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*, T. II, Imprenta Real, España, 1972, p. 501.

En particular, Hernando Devis Echandía señala que desde el punto de vista procesal,

"...es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran a favor de la existencia o inexistencia de los hechos), y el resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos). Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción." (²⁶³)

A partir de estos aspectos procesales, Devis Echandía define y diferencia la actividad de probar del concepto de prueba judicial, señalando que:

"Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos", mientras por prueba judicial debe entenderse "...todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos." (²⁶⁴)

En este mismo sentido, Antonio Dellepiane considera que la palabra prueba tiene tres acepciones en el derecho procesal:

La primera.- En el sentido de medio de prueba, con el cual se designan

"...los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria)".

La segunda.- En el sentido de la acción de probar, derivada de la máxima *actor probat actionem*, cuyo significado es que al actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados, es decir, al actor le corresponde

"...suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito."

²⁶³ i Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. I, p. 34.

²⁶⁴ *idem*

La tercera.- En el sentido del espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, es decir,

“...la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.” (²⁶⁵)

De las definiciones antes señaladas, se puede concluir que desde el punto de vista jurídico, la prueba está constituida por los elementos de juicio, motivos o razones aportados por las partes o recogidos por el juez en todo proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, cuyo objeto es producir la convicción del juzgador sobre la certeza de los hechos controvertidos, respecto de los cuales ha de recaer su resolución.

C.- Diferencia entre Prueba y Medios de Prueba.

“...Por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza sobre los hechos; y por medios de prueba, los elementos o instrumentos (testimonios, documentos etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza. Pero, en sentido general, se entiende por prueba judicial, tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de éstos...” (²⁶⁶)

2.- Principios Generales de la Prueba.

Los principios generales de la prueba son directrices indispensables, a través de las cuales se orienta el criterio de los abogados, ya sean juzgadores o litigantes, en cuanto a la producción, recepción y valoración de los medios probatorios. Dichos lineamientos, aunque son muy extensos y no pueden ser agotados en una lista, serán citados a continuación (algunos de ellos), considerando su importancia.

²⁶⁵ Cfr. Antonio Dellepiane, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

²⁶⁶ Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I, p. 29.

A.- Principio de la Necesidad de la Prueba y de la Prohibición de Aplicar el Conocimiento Privado del Juez sobre los Hechos.

Este principio puede dividirse en dos partes, primero, en la necesidad de la prueba, lo cual se refiere al deber de todo juzgador para resolver una controversia, conforme a lo alegado y probado en juicio, es decir, los hechos sobre los que se funde su decisión judicial, necesariamente deberán estar demostrados con las pruebas aportadas al proceso, por cualquiera de los interesados o por el mismo juez, cuando tenga facultades para ello. (²⁶⁷)

En segundo lugar, se encuentra la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos, pues dicho funcionario no puede suplir las pruebas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre los hechos, porque esto sería tanto como desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio. (²⁶⁸)

En este sentido, una cosa es que el juez llegue al conocimiento directo de los hechos por iniciativa probatoria y otra que sin necesidad de pruebas, declare un hecho porque lo conoce privadamente. Al respecto, Jeremías Bentham enfatizaba lo peligroso de permitir la confusión entre los oficios de testigo y juez, pues éste último sólo debe basarse para emitir su resolución en lo probado en el juicio y no en aquellas cuestiones, cuyo conocimiento obtenga de manera privada. (²⁶⁹)

B.- Principio de la Eficacia Jurídica y Legal de la Prueba.

Este principio complementa al anterior, porque así como la prueba es necesaria en todo proceso, no puede concebirse a la misma sin la eficacia jurídica reconocida por la ley, lo cual no significa la regulación de su grado de persuasión, sino el

²⁶⁷ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* .. 7. i. p. 115.

²⁶⁸ Cfr. *Idem*.

²⁶⁹ Cfr. Jeremías Bentham. Trad. por Manuel Osorio Florit. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. V. I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina. 1959. pp. 95-97.

deber del juez para considerar dicha prueba como un medio probatorio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la certeza o falsedad de los hechos afirmados o investigados, así como de sus modalidades. (²⁷⁰)

C.- Principio de la Unidad de la Prueba.

La importancia de este principio tiene lugar particularmente en la apreciación de las pruebas, pues normalmente los contendientes en un juicio aportan diversos medios probatorios al proceso, conformando todos ellos una unidad, la cual debe ser examinada y apreciada por el juzgador, quien al confrontarlos y puntualizar su concordancia y discordancia, podrá concluir un resultado global de los mismos, a efecto de emitir la resolución correspondiente. (²⁷¹)

D.- Principio de la Comunidad de la Prueba.

El principio de la comunidad de la prueba también denominado de la adquisición, es consecuencia de la unidad de la prueba, pues una vez que los medios probatorios fueron aportados al proceso, no importa por cual de las partes fueron suministrados ni a cual de ellas benefician, es decir, no pertenecen a ninguno de los contendientes, porque sólo constituirán elementos necesarios para producir la convicción o certeza del juzgador, respecto de los hechos materia de la litis. (²⁷²)

Dentro de este principio no se permite la renuncia o desistimiento de la prueba ya practicada, porque esto sería tanto como admitir que una de las partes se aproveche de ella si le resulta favorable, o la abandone en el supuesto contrario. Asimismo, tampoco tiene importancia si una de las partes renuncia a la prueba antes de ordenarse su desahogo, pues si el juzgador la considera útil para dirimir la controversia, podrá ordenar su práctica oficiosamente. (²⁷³)

²⁷⁰ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. I, p. 117.

²⁷¹ Cfr. *Idem*.

²⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 118.

²⁷³ Cfr. *Idem*.

De igual forma, otra consecuencia de la comunidad de la prueba se presenta en la acumulación de varios procesos, en cuyo caso, la prueba practicada en cualquiera de ellos vale para todos, ya que si el juez adquiere convicción sobre un hecho común a las diversas causas, sería absurdo no prestar importancia a la misma, más si debe resolverlas en una sola sentencia. (²⁷⁴)

E.- Principio del Interés Público de la Función de la Prueba.

Como el fin de la prueba es proporcionar certeza al juzgador respecto de los hechos de la contienda, para que éste pueda fallar la misma con justicia y equidad, es indudable y manifiesto el interés público de la función de la prueba dentro de cualquier proceso. Y aun cuando cada parte, pretenda con ella su propio beneficio y la defensa de su pretensión o excepción, el objeto de la prueba será siempre proteger el interés general, al perseguir la declaración coactiva de los derechos por la vía jurisdiccional del proceso. (²⁷⁵)

Secundariamente o de forma mediata, la prueba persigue la protección del interés privado de cualquiera de las partes en el proceso, porque como ya decía, su principal objetivo es suministrar al juez los medios para fallar en cualquier controversia, conforme a los principios de justicia y equidad. Este mismo criterio es sostenido por Couture, al señalar que cuando una de las partes es vinculada a exhibir una prueba por solicitud de la otra, no se le pide una ayuda a favor de su adversario y en perjuicio de sí mismo, sino a favor de la justicia y del bien común, para ilustrar y aclarar al juez algún o algunos hechos de la litis. (²⁷⁶)

²⁷⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. I, pp. 118 y 119.

²⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 119.

²⁷⁶ Cfr. Eduardo Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil. Pruebas en Materia Civil*, T. II, Ediar Editores, Argentina, 1949, pp. 137 y 141.

F.- Principio de la Lealtad y Probidad o Veracidad de la Prueba.

Este principio no sólo rige para la prueba sino para el proceso en general, pues la buena fe, la lealtad, la probidad y la veracidad, constituyen bases fundamentales del derecho procesal y por tanto, deben reflejarse en toda clase de actos procesales.

En materia probatoria interesa destacar su particular importancia, porque cualquier medio de prueba debe tender a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas y de ninguna manera deben usarse para ocultar o deformar la realidad, con el objeto de inducir al juez a engaño. (²⁷⁷)

Consecuentemente, la probidad y veracidad de la prueba exige la sinceridad de las partes al emitir sus confesiones, así como la de los testigos y peritos al desahogar sus testimonios y peritajes. Igualmente, exige la autenticidad de los documentos, huellas, rastros y cosas aportadas al juez para demostrar los hechos. En este sentido, el principio en comento es aplicable a todos aquellos que intervengan de una u otra forma dentro del proceso. (²⁷⁸)

G.- Principio de la Contradicción de la Prueba.

Tal principio, es un requisito esencial para la validez de cualquier medio probatorio, porque necesariamente la parte contra quien se oponga una prueba, debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla, discutirla y objetarla, incluyendo en esto, el ejercicio de contraprobar. Por tal motivo, dicho principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas, así como el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso, ni gozan de notoriedad general e igualmente, implica el deber de

²⁷⁷ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. I, pp. 120 y 121

²⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 122.

colaboración de las partes con el juez en la etapa de investigación del proceso.
(²⁷⁹)

H.- Principio de la Igualdad de Oportunidades para la Prueba.

Este principio es un aspecto de otro principio más general, como es el de la igualdad de las partes ante la Ley procesal, según el cual se exigen las mismas oportunidades para la defensa y se rechazan los procedimientos privilegiados. En cuanto a la prueba, la igualdad de oportunidades implica que las partes están en idénticas circunstancias para presentar, aducir, discutir y objetar dentro del proceso, los medios probatorios favorables y desfavorables a sus intereses. (²⁸⁰)

Tal igualdad probatoria, no significa la exigencia de que ambas partes deban probar por igual los hechos del proceso, pues la condición de demandante y demandado frente a cada hecho influye fundamentalmente en la carga de la prueba. En principio, la actividad probatoria recae sobre el demandante, porque si éste nada prueba, evidentemente su demanda será rechazada y de igual forma, el demandado además del deber de probar sus excepciones, tiene el derecho de objetar las pruebas aducidas por la contraparte.

I.- Principio de la Publicidad de la Prueba.

La publicidad de los medios probatorios es un requisito fundamental para su valor y eficiencia. Por ello, debe permitirse a las partes conocer las pruebas e intervenir en su práctica, a efecto de que puedan discutir las, analizarlas y objetarlas, si es el caso. (²⁸¹) Asimismo, este principio de publicidad de la prueba, se traduce en el derecho de las partes para conocer el examen y las conclusiones elaboradas por

²⁷⁹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. I, p. 123.

²⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 124.

²⁸¹ Cfr. Jeremias Bentham, *op. cit.*, p. 140.

el juzgador en su sentencia definitiva, respecto a los medios probatorios aportados en el proceso. (²⁸²)

J.- Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba.

El principio en comento puede dividirse en dos aspectos, primero, en la formalidad de la prueba, lo cual implica que para su validez es necesario llevarla al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley. Dichas formalidades, pueden ser de tiempo, modo y lugar y se diferencian según la clase de proceso, ya sea, oral, escrito, inquisitivo o dispositivo. (²⁸³)

El segundo aspecto, es la legitimidad de la prueba, en el cual se exige la utilización de medios probatorios lícitos, es decir, la prueba debe obtenerse de modo legítimo, sin la presencia de vicios de la voluntad como son el error, el dolo, la mala fe o la violencia, pues con ella se busca el convencimiento del juez sobre los hechos que interesan al proceso y no la lesión patrimonial de la parte contraria. (²⁸⁴)

K.- Principio de la Legitimación para la Prueba.

Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir, de quien esté legitimado en el proceso y consecuentemente, pueda intervenir en la actividad probatoria del mismo. En tal supuesto, se encuentran las partes principales, secundarias e inclusive las intervinientes incidentales. Asimismo, se requiere que el funcionario ante el cual se presente y practique, tenga la facultad procesal para ello (jurisdicción y competencia). (²⁸⁵)

²⁸² Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit...* T. I, p. 125.

²⁸³ Cfr. *Idem*

²⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 125 y 126.

²⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 126.

L.- Principio de la Preclusión Sobre el Ofrecimiento de la Prueba.

La preclusión de la prueba es una formalidad de tiempo y oportunidad para su práctica, pues las partes deben aportar sus medios probatorios dentro de la etapa pertinente del proceso, de lo contrario, perderán su oportunidad para aducirlos. Con este principio, se pretende impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, contra las cuales no pueda ejercitar su defensa. (²⁸⁶)

M.- Principio de la Inmediación y de la Dirección del Juez en la Producción de la Prueba.

Este enunciado contempla dos principios íntimamente vinculados, el primero, es la dirección del juez en la producción de la prueba y el segundo, es la inmediación. Ambos, contribuyen a la autenticidad, seriedad, oportunidad, pertinencia y validez de la prueba, porque sin ellos el debate probatorio se convertiría en una lucha privada y la prueba dejaría de tener el carácter de acto procesal de interés público. (²⁸⁷)

El primer aspecto del principio en comento, es el relativo a la dirección del juez en la producción de la prueba, es decir, el juzgador debe convertirse dentro del proceso en el director del debate probatorio, pues a él corresponde de manera inmediata resolver sobre la admisibilidad de los medios probatorios e intervenir luego en su práctica, lo cual es indispensable para su eficacia, el cumplimiento de sus formalidades, la lealtad e igualdad en el debate y para su contradicción.

El segundo aspecto lo constituye la inmediación, cuestión esencial para una mejor apreciación de la prueba, ya que, el juzgador no puede permanecer inactivo dentro del proceso, ni fungir únicamente como órgano receptor de los medios probatorios, sino que al estar provisto de facultades para intervenir activamente, debe formular

²⁸⁶ Cfr. Hernando Devis Echandía. *op. cit.*, T. I, p. 127.

²⁸⁷ Cfr. *Ibidem.*, p. 128.

preguntas propias a los testigos, peritos y a las mismas partes, así como ampliar las inspecciones judiciales, convirtiéndose entonces en el director del debate probatorio. (²⁸⁸)

N.- Principio de la Imparcialidad del Juez en la Dirección y Apreciación de la Prueba.

Este principio es complemento del anterior, porque la dirección del juzgador en la producción de la prueba, necesariamente le impone el deber de actuar con imparcialidad para averiguar la verdad de los hechos controvertidos y evidentemente esa imparcialidad, ha de verificarse tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso. (²⁸⁹)

Ñ.- Principio de la Originalidad de la Prueba.

La originalidad de la prueba se refiere a que los hechos controvertidos en cualquier proceso, deben probarse de preferencia con medios probatorios directos. Por consiguiente, será preciso admitir testigos presenciales en vez de testigos de oídas, o bien, si existe un documento original en el cual se base la acción, éste será preferido en vez de reconstruirlo con otras pruebas, pues de otra manera, el juzgador no obtendrá una debida convicción y correrá el riesgo de desvirtuar los hechos y de llegar a conclusiones erradas. (²⁹⁰)

O.- Principio de la Concentración de la Prueba.

La concentración de la prueba implica que los medios probatorios sean totalmente desahogados en una primera instancia, para evitar su reiteración o práctica por

²⁸⁸ Cfr. Antonio Dellepiane. *op. cit.*, pp. 45 y 46.

²⁸⁹ Cfr. Hernando Devis Echandía. *op. cit.* T. I, p. 129.

²⁹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 130.

etapas en otras instancias, pues esto pone en peligro su apreciación y la averiguación de la verdad.

En este sentido, se sugiere restringir el desahogo de pruebas a una segunda instancia, sólo en casos especiales, como cuando no ha sido posible en primera instancia o se trate de hechos ocurridos con posterioridad, o cuando fue denegada por el juzgador injustificadamente. (²⁹¹)

P.- Principio de la Libertad de la Prueba.

La libertad de la prueba es uno de los principios fundamentales del derecho probatorio, porque la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos. Por eso, dentro de este principio deben destacarse dos aspectos, el primero, es la libertad de los medios de prueba, lo cual significa que la ley no debe limitar los medios admisibles en forma caprichosa, pues con ello sólo estaría atentando el derecho de defensa de las partes.

El segundo aspecto, es la libertad del objeto de la prueba, lo cual implica la facultad de las partes para probar todo hecho que de alguna manera pueda influir en la decisión del proceso. En este sentido, resulta indispensable otorgarles la libertad para aducir los medios de prueba pertinentes para cada una, con la única limitación de que sean lícitos. (²⁹²)

Q.- Principio de la Pertinencia, Idoneidad y Utilidad de la Prueba.

Este principio, contempla dos características necesarias para cualquier medio probatorio aducido en un juicio, el primero, es su utilidad y el segundo, su pertinencia e idoneidad. Ambos, constituyen de cierta forma una limitación a la libertad de la prueba, porque en todo proceso se requiere que las pruebas

²⁹¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. I, p. 131.

²⁹² Cfr. *Idem.*

presentadas, no resulten inútiles a los hechos por probar con ese medio e igualmente, resulta indispensable su pertinencia e idoneidad, es decir, la existencia de una relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar. (293)

R.- Principio de la Naturalidad o Espontaneidad y Licitud de la Prueba y del Respeto a la Persona Humana.

El enunciado en comento contempla tres principios íntimamente vinculados, el primero, es la licitud de la prueba, el cual se opone a todo procedimiento ilícito para su obtención y lleva a la conclusión, de que todo medio probatorio conseguido a través de la coacción física o psicológica, debe ser considerado ilícito y por tanto sin valor legal. En este mismo sentido, el segundo principio consiste en el respeto a la persona humana, porque la misma no debe ser coaccionada ni física ni síquicamente, para obtener de ella declaraciones genuinas o contrarias a la espontaneidad. (294)

El tercer principio es el relativo a la naturalidad o espontaneidad de la prueba, el cual implica la prohibición de desahogar las testimoniales, confesionales y periciales mediando cualquier tipo de coacción e igualmente, la prohibición de alterar materialmente las cosas u objetos que han de servir de prueba, pues la obtención de dichos medios probatorios ilícitamente, constituye conductas delictivas. (295)

S.- Principio de la Obtención Coactiva de los Medios Materiales de Prueba.

Este principio parte de que si la suerte del proceso y la justicia dependen de la prueba, necesariamente el juez debe tener facultades para obtenerla coactivamente y poder así dilucidar la verdad sobre los hechos controvertidos.

²⁹³ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. I, p. 133.

²⁹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 134.

²⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 135.

Inicialmente, corresponde a las partes y a los terceros, el deber de colaborar con el juzgador en el conocimiento de la verdad de los hechos. Sin embargo, cuando esto no ocurre y omiten de manera voluntaria o involuntaria suministrar al proceso todos los elementos probatorios para llegar a ese fin, el juez está vinculado a obtener coactivamente dicha colaboración, imponiéndoles un límite a su libertad individual por razones de interés público. (²⁹⁶)

Generalmente, las coacciones utilizadas para la obtención de un medio probatorio, consisten en multas, en la consecuencia de dar por reconocido un cierto documento o por confesado un hecho, así como en la pérdida de oportunidades procesales.

T.- Principio de la Evaluación o Apreciación de la Prueba.

La evaluación y apreciación de la prueba es una de las funciones más delicadas del proceso, especialmente para el juez a quien está encomendada, porque las partes son al respecto simples colaboradoras. La importancia de este principio radica en que en múltiples ocasiones, la suerte de la justicia depende del acierto o de los errores en la apreciación de la prueba. Por eso, dedico dentro del presente capítulo un apartado específico de este tema.

U.- Principio de la Carga de la Prueba y de la Autorresponsabilidad de las Partes por su Inactividad.

El primer aspecto de este enunciado es la carga de la prueba, la cual surge en virtud de la necesidad de cada una de las partes para suministrar la prueba de ciertos hechos, ya sea porque los invoca a su favor o porque de ellos se deduce lo que pide, o porque su contraparte goza de alguna presunción.

²⁹⁶ *Cfr.* Hemando Devis Echandia, *op. cit.*... T. I, p. 135.

El segundo aspecto relativo a la autorresponsabilidad de las partes por su conducta procesal, se refiere a la libertad de las mismas para llevar o no la prueba de los hechos que las benefician, lo cual las coloca en una total o parcial inactividad probatoria por su cuenta y riesgo, es decir, son responsables tanto de su actividad probatoria, como de su inactividad, negligencia y errores, cuando éstos no son subsanables. (²⁹⁷)

V.- Principio de Oralidad en la Práctica de la Prueba.

Respecto de este principio interesa destacar que en el proceso penal prevalece la forma oral de la prueba, mientras en el civil predomina la prueba escrita, con excepción de lo ocurrido en los sistemas norteamericano e inglés. Sin embargo, se considera ideal la oralidad de los medios probatorios en cualquier tipo de proceso, porque se favorece la inmediación, la contradicción y su mayor eficacia. (²⁹⁸)

W.- Principio de la no Disponibilidad e Irrenunciabilidad de la Prueba.

El primer aspecto de este principio es el de la no disponibilidad de la prueba, el cual significa que ninguna de las partes tiene el derecho de resolver, si una prueba relacionada con los fines del proceso debe ser o no aducida, pues esta facultad le corresponde al juzgador, quien incluso tiene las atribuciones para hacerla presentar coactivamente en el proceso.

Por otra parte, en lo referente a la irrenunciabilidad de la prueba, se prohíbe que una vez solicitada su práctica por una de las partes, ésta renuncie a ella, sobretodo si el juez la estima útil o si ya fue practicada o presentada. (²⁹⁹)

²⁹⁷ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit...* T. I. p. 139.

²⁹⁸ Cfr. *Idem*

²⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 140.

X.- Principio de la Gratuidad de la Prueba.

Este principio se opone radicalmente al sistema de arancel judicial, mediante el cual se conmina a las partes a erogar ciertas cantidades de dinero, como pago a las distintas diligencias judiciales. En este sentido, no sólo las pruebas deben ser gratuitas, sino la tramitación total de cualquier proceso.

Así, corresponde al Estado satisfacer el servicio público de justicia de manera gratuita, sin gravar económicamente a las partes por la recepción y práctica de los medios probatorios, así sean inspecciones judiciales, dictámenes de expertos oficiales, interrogatorios de testigos y de las mismas partes o el examen de documentos. No obstante, si los interesados solicitan un dictamen de peritos particulares o la expedición de copias notariales, en estos casos, si deberán costearse los honorarios de aquellos y los servicios de éstas. (³⁰⁰)

3.- Objeto y Carga de la Prueba.

A.- El Objeto de la Prueba Judicial.

Este tema procesal es donde posiblemente se encuentre la mayor coincidencia en las opiniones doctrinales, pues casi de manera uniforme se afirma que el objeto de la prueba judicial son los hechos. Así, Devis Echandía por ejemplo, señala:

“...que objeto de prueba judicial en general es todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración de un silogismo o de un principio filosófico); es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a éstos (costumbre y ley extranjera).” (³⁰¹)

³⁰⁰ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I, p. 140.

³⁰¹ *Ibidem.* p. 155.

De igual forma, otros doctrinarios tales como: Carnelutti, De Pina, Flores García, Gómez de Liaño, Mateos Alarcón y Ovalle Favela, están de acuerdo en que en cualquier proceso, la prueba tiene por objeto los hechos y excepcionalmente las Leyes extranjeras y las costumbres. (³⁰²)

La opinión de estos tratadistas, es acorde a lo dispuesto por los artículos 284 y 284-Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, a cuyo tenor se señala:

"Artículo 284.- Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho."

"Artículo 284-Bis.- El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes."

De este modo, el objeto de la prueba puede sentarse en las siguientes reglas:

a).- El objeto normal de la prueba son los hechos afirmados por las partes, no obstante dentro de éstos, los hechos confesados, los notorios, los que tengan a su favor una presunción legal, los irrelevantes y los imposibles, no requieren ser probados. Respecto a cada uno de ellos me referiré a continuación: (³⁰³)

³⁰² Cfr. Rafael De Pina, *Tratado de las Pruebas Civiles*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1981, pp.38 y 39; Fernando Gómez de Liaño González, *El Proceso Civil*, 3ª ed., Ed. Forum, España, 1996, 126 y 127; José Ovalle Favela, *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Ed. Harla, México, 1985, pp. 104 y 105; Fernando Flores García, " Los Elementos de la Prueba", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Edición Conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1991, pp. 531-534; Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 38-44; Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

³⁰³ Cfr. José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 105 ; Rafael De Pina, *op. cit.*, pp. 40-43.

a1).- El que los hechos admitidos como ciertos de manera explícita o implícita por las partes no requieran ser probados, no significa que se trate de hechos excluidos de prueba, sino de hechos probados anticipadamente, ya sea en los escritos de demanda o de contestación.

a2).- Los hechos notorios no necesitan ser afirmados ni probados por las partes, para que sean invocados por el juzgador en el proceso, según lo dispuesto en el artículo 286 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal. Por tales hechos, debe entenderse aquellos, cuyo conocimiento puede obtener el promedio de los individuos de una sociedad.

a3).- En los hechos presumidos es preciso distinguir tres elementos: un hecho conocido, un hecho desconocido y una relación de causalidad entre ambos hechos. Cuando las presunciones legales son absolutas, excluyen la carga de la prueba, pero si son relativas, sólo relevan la carga de la prueba del hecho desconocido, por lo tanto, es necesario probar el hecho del cual parte la presunción, es decir, en el que se fundan.

Como ejemplo de esto, se puede citar a las presunciones establecidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, (relativas a la filiación matrimonial), las cuales no tienen porque ser demostradas por la persona a quien favorezcan, pues como se sabe, las mismas se fundan en los deberes recíprocos de cohabitación y fidelidad, que se deben entre sí los cónyuges dentro de la institución matrimonial.

Sin embargo, si dichas presunciones llegaran a discutirse en un proceso, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 381 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, es decir, el afectado tendría que demostrar los hechos en los cuales se fundan tales presunciones, como podrían ser el matrimonio de sus progenitores y su nacimiento dentro ésta institución, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución.

a4).- Los hechos irrelevantes son aquellos que no son pertinentes ni trascendentes para la resolución en conflicto y por eso, debe excluirse del proceso.

a5).- Con relación a los hechos imposibles o inverosímiles, el mismo artículo 298 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, prohíbe su admisión, claro que respecto de ellos, el juzgador debe ser cauteloso para determinar ésta naturaleza. (³⁰⁴)

b).- Los hechos que pueden ser objeto de prueba, son muy amplios y aunque no pueden limitarse a una lista, señalo como ejemplo los siguientes:

b1).- Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, hechos o actos humanos voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el juicio o calificación que de ellos se tenga.

b2).- Los hechos de la naturaleza en que no interviene actividad humana.

b3).- Las cosas o los objetos materiales, cualquier aspecto de la realidad material sean o no productos del hombre, incluyendo los documentos.

b4).- La persona física, su existencia y características, estado de salud, estados y hechos síquicos o internos, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad, así como el consentimiento tácito o la conformidad. (³⁰⁵)

³⁰⁴ Cfr. José Ovalle Favela, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

³⁰⁵ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. I, pp. 158 y 159.

c).- No es preciso probar el Derecho nacional, porque la aplicación de la norma jurídica es una función procesal del juez y un deber legal, cuyo cumplimiento no puede eludirse por ignorancia y ni siquiera por la inexistencia de un precepto normativo aplicable al caso concreto, pues en tal supuesto debe recurrirse a la analogía o a los principios generales del derecho, como lo dispone el artículo 14 constitucional.

d).- Respecto a las costumbres y las normas de derecho extranjero, no existe propiamente una actividad probatoria en estricto sentido, sino una colaboración a dicha actividad exclusivamente encomendada al juzgador, pues la aplicación de las normas de derecho es un problema de conocimiento del orden jurídico. (³⁰⁶)

Por ello, el juzgador podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, los informes oficiales necesarios para conocer el texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, sin perjuicio de que las partes proporcionen tal información, según lo dispuesto en el artículo 284-Bis del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

B.- Diferencia entre el Objeto y el Fin de la Prueba.

El objeto de la prueba en general y de la judicial en particular, se resume en todo aquello sobre lo que puede recaer o versar. ¿Pero para qué se prueba en el proceso? ¿Cuál es la intención de proporcionar al juzgador los medios probatorios dentro del proceso? La respuesta a estas interrogantes, constituye lo que debe entenderse por el fin de la prueba judicial. (³⁰⁷)

³⁰⁶ Cfr. Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 5 -7.

³⁰⁷ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. I, p. 238.

En principio, sabido es que en todo proceso contencioso la prueba se convierte en un arma de ataque y de defensa, con la cual las partes buscan obtener sus pretensiones. Sin embargo, ese fin individual y concreto de los contendientes siempre en su favor y para su beneficio, no representa de manera alguna su fin primordial, sino un fin secundario de acuerdo con su interés y egoísmo. Por eso, han sido diversas las teorías desarrolladas respecto al fin de la prueba, encontrándose dentro de ellas las siguientes:

- a).- Teoría que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad.
- b).- Teoría que estima como fin de la prueba judicial producir el convencimiento del juzgador, o llevarle la certeza necesaria para su decisión.
- c).- Teoría que sostiene como fin de la prueba judicial fijar los hechos en el proceso.

Respecto de la primera teoría, es decir, aquella que considera como fin de la prueba judicial, el establecer la verdad, sus máximos exponentes como Bentham, Bonnier y Dellepiane están a favor de que el objetivo de los medios probatorios en el proceso, es el descubrimiento y la comprobación de la verdad de los hechos controvertidos. Esta teoría es inaceptable para Devis Echandía, porque en su opinión, el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar. (³⁰⁸)

La segunda teoría relativa a que el fin de la prueba judicial es producir el convencimiento del juzgador, o llevarle la certeza necesaria para su decisión, es la más aceptada hoy en día y entre sus partidarios se encuentran Lessona, Rocco, Furno, Guasp y Couture, quienes consideran que el fin de la prueba es formar la convicción de los órganos jurisdiccionales sobre la verdad, existencia, falsedad o

³⁰⁸ Cfr. Eduardo Bonnier. Trad. por José Vicente y Caravantes. *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*. T. I, 5ª ed., Ed. Reus, 1929, pp. 8 y 9; Jeremias Bentham, *op. cit.*, pp. 85 y 86; Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 27-30; Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., p. 239.

inexistencia de los hechos controvertidos, a efecto de que los mismos sirvan de base para dictar sentencia justa y conforme a Derecho. (³⁰⁹)

En cuanto a la tercer teoría que sostiene como fin de la prueba judicial, fijar los hechos en el proceso, su máximo representante es Carnelluti, quien sostiene que el proceso no sirve para conocer los hechos y establecer su verdad, sino únicamente para conseguir una fijación formal de ellos. (³¹⁰) Evidentemente, ésta posición contempla un planteamiento incompleto del problema del fin de la prueba, porque desde la perspectiva de la primera y la segunda tesis, en principio deben fijarse los hechos del proceso, para después comprobar la veracidad o falsedad de los mismos.

Así, de acuerdo con estas teorías relativas al fin de la prueba, la más aceptada es aquella en la cual se determina que su objetivo, es producir el convencimiento del juzgador respecto de los hechos controvertidos, llevándole a la certeza necesaria para dictar su decisión con justicia y conforme a Derecho.

C.- Derecho a la Prueba. (derecho subjetivo de probar)

Para entender el derecho a la prueba, importa recordar la importancia de la misma no sólo en el proceso, sino en el campo general del Derecho, porque es un complemento indispensable de todos los derechos consagrados en la ley y particularmente del derecho de defensa.

El derecho a la prueba es de suma trascendencia para las partes contendientes en todo juicio, así mientras para los actores resulta indispensable en el ejercicio de su acción, también para los demandados lo es, al oponer sus excepciones o defensas. Es claro que sin el derecho de probar, no existiría audiencia bilateral, ni

³⁰⁹ Cfr. Carlo Furno. *Teoría de la Prueba Legal*, Ed. Obregón y Heredia, 1983, pp. 25 y 26; Eduardo Couture, *op. cit.*, pp. 217 y 218; Hernando Devis Echandía, *op. cit. T.I.*, pp. 242-247.

³¹⁰ Cfr. Francesco Carnelluti, *op. cit.*, pp. 44-46.

se cumpliría con la exigencia constitucional de condenar a un individuo, sólo cuando haya sido oído y vencido en juicio.

El derecho de probar tiene por objeto concretamente la práctica de los medios probatorios ofrecidos por las partes, es decir, que las pruebas presentadas por ambas, se admitan, se desahoguen dentro del procedimiento y se tomen en consideración, al dictar la resolución correspondiente. (³¹¹)

Por ello, la naturaleza jurídica del derecho a la prueba es la de un derecho subjetivo procesal, pues el mismo deriva de un acto de voluntad, de una petición de cualquiera de las partes en el proceso, para practicar los medios probatorios con los cuales pretenden deducir sus pretensiones o excepciones.(³¹²)

En este sentido, el sujeto pasivo de ese derecho subjetivo procesal es el juez, quien está vinculado a decretar y practicar las pruebas ofrecidas con las formalidades legales, siempre y cuando no exista razón para considerarlas inadmisibles por ser inconducentes, impertinentes o simplemente estar prohibidas por la ley. Si el juzgador no cumpliera con tal deber, su actitud representaría una auténtica denegación de justicia, la cual podría acarrearle responsabilidades civiles o penales. (³¹³)

³¹¹ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit...* T. I., pp. 36 y 37.

³¹² Cfr. *Ibidem*, p. 35.

³¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 36.

D.- La Carga de la Prueba.

Al abordar lo relativo a la carga de la prueba es común que los doctrinarios pretendan explicar, a cual de las partes en juicio le corresponde probar los hechos controvertidos. Esto en realidad es un error, porque la carga de la prueba únicamente señala quien tiene el interés jurídico en demostrar cada hecho en el proceso, para obtener una decisión favorable en el mismo. (³¹⁴)

En este sentido, la carga de la prueba indica a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, es decir, a quién interesa que se produzca cierta prueba y por lo tanto, a quién afecta en la sentencia la falta de tal prueba, si pretende obtener una decisión favorable basada en ella. De acuerdo con estas consideraciones, Devis Echandia concibe a la carga de la prueba como:

“...una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe de fallar cuando no se encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” (³¹⁵)

Atendiendo a ésta definición, la regla general en todos los procesos sin distinción de procedimiento o naturaleza de las pretensiones en ellos aducidas, es que al juzgador corresponde decidir a falta de convencimiento sobre los hechos, quién tiene el interés jurídico de probar los hechos controvertidos para obtener sentencia favorable. Esto significa indirectamente una regla de conducta para las partes, al señalarles cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar, a efecto de servir de fundamento a sus pretensiones o excepciones. (³¹⁶)

³¹⁴ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. I., p.427

³¹⁵ *Ibidem*, p. 426.

³¹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 424 y 430.

E.- Características Esenciales sobre la Carga de la Prueba.

e1).- La carga de la prueba no consiste en fijar quién debe aportar los medios probatorios en el proceso, sino quien asume el riesgo cuando ellos faltan.

La carga de la prueba no significa que la parte sobre la cual recae la demostración de un hecho, deba ser necesariamente quien la presente o la solicite, porque en virtud del principio de la comunidad de la prueba, ésta surte todos sus efectos independientemente de quien la haya suministrado o pedido, e inclusive si proviene de la actividad oficiosa del juzgador. Por consiguiente, si el adversario o el juez llevan la prueba del hecho, queda satisfecha a cabalidad la carga exactamente como si la parte gravada con ella la hubiera suministrado.

Así, es incorrecto señalar a cual de las partes en juicio le corresponde probar los hechos controvertidos, pues más bien se trata de determinar quien tiene el interés jurídico en demostrar cada hecho, o bien, evitar que el mismo quede sin prueba y asumir el riesgo de su falta. (³¹⁷)

e2).- La carga de la prueba es la actividad desarrollada por los sujetos del litigio judicial, para demostrar sus afirmaciones y conseguir un resultado favorable a su propio interés protegido por una norma jurídica. (³¹⁸)

e3).- La regla general para la distribución de la carga de la prueba.

A cada parte incumbe probar los hechos integrantes del supuesto hipotético contenido en la norma jurídica, cuyo presupuesto es aplicado como fundamento de su pretensión. Dicho en otras palabras, la responsabilidad por el resultado del

³¹⁷ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. I., pp. 484 y 485.

³¹⁸ Cfr. Fernando Flores García, *op. cit.*, p. 541.

proceso recae sobre las partes, pues cada una de ellas tiene la carga de probar, los hechos que constituyan el supuesto de la norma en la cual se amparan. (³¹⁹)

e4).- Recordando la máxima romana *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien asevera los hechos, es decir, al que los afirma no a quien los niega. Así, mientras el actor tiene la carga de demostrar los hechos constitutivos de su derecho, el demandado debe probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes, pues si sólo se limita a negar los invocados por el actor no probará nada. (³²⁰)

Al respecto, el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, dispone:

“Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.”

e5).- En el punto anterior señalaba que la carga de la prueba la tiene quién afirma un hecho no quien lo niega. Sin embargo, ésta regla general tiene como excepciones las dispuestas en el artículo 282 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, al siguiente tenor:

“Artículo 282. El que niega sólo será obligado a probar:

- I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;
- II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;
- III. Cuando se desconozca la capacidad;
- IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.”

El primer supuesto del artículo transcrito referente a cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho, se presenta ante la posibilidad de que al negar un hecho, se afirme expresamente la actualización del mismo, pero de otra forma.

³¹⁹ Cfr. Fernando Gómez de Liaño González, *op. cit.*, p. 130; Fernando Flores García, *op. cit.*, p. 542; Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. I., p. 490.

³²⁰ Cfr. Fernando Gómez de Liaño González, *op. cit.*, pp. 130-131.

En cuanto a la hipótesis contemplada en la fracción segunda del artículo 282 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, cabe decir que la misma se refiere a las presunciones relativas, las cuales admiten prueba en contrario y tienen como consecuencia invertir la carga de la prueba, es decir, no corresponderá probar a quien afirma un hecho que la ley presume, sino a quien lo niega.

La fracción tercera del artículo en comento se refiere a cuando se desconozca la capacidad de la contraparte. Esta hipótesis, en realidad puede quedar comprendida en la fracción primera de dicho precepto, pues quien niega la capacidad de una persona, está afirmando implícitamente su incapacidad y por ende está vinculada a probarla.

Respecto de la última fracción del artículo 282 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, la cual se refiere a cuando la negativa sea elemento constitutivo de la acción, importa destacar que habrá de atenderse en cada caso al tipo de pretensión. Por ejemplo, quien haga valer una pretensión reivindicatoria deberá probar la no posesión del bien reclamado.

e6).- La carga de la prueba es una medida imprescindible de sanidad jurídica, una condición *sine qua non* de toda buena administración de justicia, constituye una guía indispensable y fundamental para el juzgador en la solución de los litigios, pues orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión.

Si no existieran las reglas fundamentales sobre la carga de la prueba sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones, al no ser posible la sentencia de mérito por falta de pruebas, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio y de igual manera, se permitiría que quienes tengan

interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando las pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez. (³²¹)

4.- Clasificación de las Pruebas.

A.- Según su Objeto (pruebas directas e indirectas; principales o accesorias).

La prueba directa es aquella que el juzgador obtiene mediante su percepción de manera inmediata. El ejemplo típico de este tipo de prueba, lo constituye la inspección judicial, porque el hecho directamente percibido por el juzgador es el hecho mismo objeto de la prueba. Por eso, dentro de los objetos de la prueba directa sólo pueden encontrarse los hechos presentes o actuales, los cuales además deben ser permanentes, aunque ocasionalmente también pueden ser transitorios, si los mismos ocurren en presencia del juez o subsisten en el momento de la inspección.

Al contrario de la prueba directa, la prueba indirecta es aquella obtenida por el juzgador de manera mediata, es decir, mediante la percepción que del hecho a probar ha tenido otra persona. Por ello, se consideran dentro de tales pruebas, la confesional, testimonial, pericial, documental e indiciaria, pues el juez sólo percibe la narración de la parte o del testigo, el dictamen del perito, el escrito o los hechos indiciarios y a partir de esa percepción, induce la existencia o inexistencia del hecho por probar. (³²²)

La distinción entre ambos tipos de pruebas radica entonces, en que en las directas basta la verificación del hecho mismo por el juez, mediante sus sentidos para la existencia de la prueba, mientras en las indirectas la percepción del hecho

³²¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., p. 450.

³²² Cfr. *Ibidem*, p. 520.

proviene directamente de otra persona (parte, perito o testigo), conociendo el juzgador del mismo por intermediación de tales sujetos, para inducir la existencia o inexistencia del hecho por probar.

Respecto de estos dos tipos de pruebas suele preferirse comúnmente la prueba directa, al considerarse que mientras más directo sea el contacto entre el juez y el hecho a probar, mayor será su valor probatorio. Sin embargo, esta afirmación no es del todo correcta, porque la certeza absoluta no se consigue en el proceso con ninguna clase de pruebas, pues con las mismas apenas y se obtiene una certeza subjetiva y relativa siempre susceptible de error.

En otro orden de ideas, las pruebas también pueden distinguirse según su objeto, en principales y accesorias o secundarias. Tal clasificación depende del hecho que pretendan probar, es decir, si el mismo forma parte del fundamento fáctico de la acción, excepción o del ilícito investigado, se está frente a una prueba principal, cuya demostración es indispensable para el proceso, pero si por el contrario, el hecho a probar se relaciona indirectamente con los supuestos de la norma aplicable al caso concreto, entonces se estará en el supuesto de pruebas accesorias o secundarias, cuya comprobación no resulta trascendente. (³²³)

B.- Según su Forma (pruebas escritas y orales).

Las pruebas escritas son los documentos públicos y privados, los dictámenes periciales cuando son rendidos por escrito y por analogía los planos o dibujos. Por su parte, las pruebas orales están constituidas por la confesión judicial de cualquiera de las partes en el proceso, los testimonios, así como por todo tipo de comparecencias efectuadas en audiencia por los implicados en la controversia o por terceros. (³²⁴)

³²³ Cfr. Hernando Devis Echandía. *op. cit.* T. I., p. 526.

³²⁴ Cfr. *Idem.*

C.- Según su Estructura o Naturaleza (pruebas personales y reales o materiales).

Esta clasificación atiende a la naturaleza del medio probatorio suministrado como prueba en el proceso, pues unas veces se trata de personas como en el caso de la confesional, testimonial, pericial e inspección judicial (pruebas personales), mientras otras veces se trata de cosas, como documentos, huellas, rastros u objetos de cualquier clase (pruebas reales o materiales). (³²⁵)

D.- Según su Función (pruebas históricas y críticas o lógicas).

Las pruebas históricas son aquellas suministradas al juzgador por quien las percibió, su denominación deriva precisamente de que la actividad y función del juez se asemeja a la de un historiador, al requerir la concurrencia de otro sujeto para describir la forma como ocurrió un hecho, mediante su discurso, escrito o dibujo. Por tal motivo, éste tipo de pruebas son siempre indirectas, porque el juzgador no percibe directamente el hecho a probar, pues el objeto de su percepción es la persona o la cosa que lo representa. (³²⁶)

Por su parte, las pruebas críticas o lógicas son aquellas que requieren de un juicio para su comprobación y formación de la imagen de un hecho, por lo cual pueden ser tanto directas como indirectas, son del primer tipo, cuando el juez las percibe de manera inmediata, como en el caso de la inspección judicial y son de la segunda forma, cuando son percibidas por el juzgador mediatamente para deducir el hecho a probar y en este supuesto se encuentra la prueba indiciaria. (³²⁷)

³²⁵ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., p. 526.

³²⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 527 y 528.

³²⁷ Cfr. *Idem*.

Respecto de cual de estos dos tipos de pruebas es más idónea, puede decirse que unas y otras se prestan a error, la histórica porque quien la suministra, testigo, perito o parte pueden de manera voluntaria o involuntaria transmitir su percepción deformándola o falsificándola, al declarar, dictaminar o elaborar un documento, o bien, también el juez puede equivocarse al recibir esa percepción o al comprobar su correspondencia con la realidad por medio de su razón.

En cuanto a la crítica o lógica esta también puede prestarse a error, porque nada garantiza que el juez no se equivoque al percibir directamente el objeto de prueba. Además, cuando la misma verse sobre hechos indiciarios, el peligro de una equivocación puede radicar en el razonamiento utilizado por el juzgador para inducir o deducir el hecho por probar. (³²⁸)

E.- Según su Finalidad (prueba de cargo y de descargo o contraprueba; pruebas formales y sustanciales).

En ésta clasificación debe evitarse la confusión de considerar las pruebas de cargo a las suministradas por el demandante y las pruebas de descargo o contraprueba las aportadas por el demandado, pues ambas partes pueden recurrir a las dos clases de pruebas.

Cuando el actor trata de demostrar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión, presenta pruebas de cargo, pero cuando quiera desvirtuar los hechos alegados por el demandado como excepciones, presentará contrapruebas de éstos. Asimismo, cuando sea el demandado quien pretenda probar los hechos fundamento de sus excepciones, la prueba será de cargo y si persigue desvirtuar los alegados por el actor como supuestos de su pretensión, la prueba será de descargo. (³²⁹)

³²⁸ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*, T. I., p. 528

³²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 529.

Por otra parte, según su finalidad las pruebas también pueden ser clasificadas en formales y sustanciales, las primeras tienen la función de convencer al juez sobre los hechos del proceso, las segundas son además condiciones necesarias para demostrar la existencia o la validez de un acto jurídico material, como por ejemplo: la escritura pública para comprobar la validez de la compraventa de un inmueble.
(³³⁰)

F.- Según su Resultado (pruebas plenas, perfectas o completas e imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas; pruebas veraces y falsas).

En este tipo de clasificación es importante destacar la diferencia entre el fin y el resultado de la prueba, pues el fin consiste siempre en llevarle al juzgador la convicción sobre los hechos del proceso, mientras el resultado es el grado de convicción que los medios probatorios pueden aportar al juzgador en cada caso concreto.

De este modo, si al considerar el conjunto de pruebas practicadas en un proceso se obtiene la convicción del juzgador sobre los hechos materia de la litis, estaremos frente a un caso de prueba plena, perfecta o completa. Pero si por el contrario, de tales medios probatorios no se logra el convencimiento del juzgador, no habrá prueba por haber resultado incompleta o imperfecta. (³³¹)

Asimismo, dentro de ésta clasificación de las pruebas atendiendo a su resultado, las mismas también pueden ser veraces o falsas, esto claro considerando que su fin no consiste en establecer la verdad, sino en dar al juez el convencimiento sobre los hechos controvertidos. En este sentido, tal convencimiento puede corresponder o no a la realidad, pues en un testimonio o documento, la

³³⁰ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*, T. I., p. 531.

³³¹ Cfr. *Idem*.

declaración o narración contenida en ellos puede ser veraz o intencionalmente falsa. (³³²)

G.- Según los Sujetos Proponentes de la Prueba (prueba de oficio, de partes o de terceros).

Esta clasificación de las pruebas se basa en los sujetos legitimados para proponerlas, los cuales pueden ser las partes, los terceros en juicio o bien, el mismo juzgador. En realidad, tal clasificación no es trascendente, porque como es sabido, el valor de los medios probatorios es el mismo independientemente de quien los haya ofrecido o de sí son ordenados de oficio, en virtud del principio de la comunidad o adquisición de la prueba. (³³³)

H.- Según su Oportunidad o el Momento en que se Producen (procesales o judiciales y extrajudiciales; preconstituidas y casuales).

La diferencia entre las pruebas procesales o judiciales y las extrajudiciales radica precisamente en la intervención judicial para aducirlas o practicarlas. En este sentido, son procesales o judiciales, tanto aquellas aducidas en el curso de un proceso, como las que se practican ante un juez o por un juez pero fuera del proceso, en cuyo caso se denominan pruebas anticipadas, como serían los testimonios o las inspecciones previas a un proceso. Por su parte, las pruebas extrajudiciales son aquellas producidas fuera del proceso y sin la intervención judicial, como la confesión extrajudicial o el documento contractual. (³³⁴)

Asimismo, dentro de ésta clasificación de las pruebas según su oportunidad o el momento en el cual se producen, también se encuentran las preconstituidas y las causales. Las primeras, son aquellas producidas intencionalmente con el objeto de ser posteriormente aducidas dentro de un proceso, como por ejemplo: el

³³² Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.* T. I., p. 533.

³³³ Cfr. *Ibidem.* p. 535.

³³⁴ Cfr. *Idem.*

documento en donde consta un contrato o la declaración extrajudicial. Las segundas, son aquellas constituidas sin la intención de ser ofrecidas posteriormente como medios probatorios dentro de un proceso, en cuyo caso se encuentran las huellas, los rastros y en sí todas las cosas que pueden servir de indicios. (³³⁵)

I.- Según su Utilidad (pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles).

La clasificación de las pruebas de acuerdo con su utilidad es muy amplia, puesto que pueden distinguirse en los siguientes cuatro rubros: conducentes e inconducentes; pertinentes e impertinentes o irrelevantes; útiles e inútiles y posibles e imposibles.

La distinción entre la conducencia o inconducencia de la prueba sirve para determinar, si legalmente pueden recibirse o practicarse los medios probatorios aducidos en juicio. Así, las pruebas conducentes son aquellas permitidas por la ley, ya sea por estar incluidas en la enumeración taxativa de los medios probatorios contemplados en la misma; porque no existe prohibición de utilizarlas para demostrar un hecho particular o bien, porque el juez les reconoce valor probatorio, cuando la misma legislación lo ha dejado en libertad para apreciarlas. Por el contrario, las pruebas inconducentes son aquellas que la ley no autoriza o prohíbe en su caso particular, así como las consideradas por el juzgador como desprovistas de valor cuando tiene la libertad de apreciarlas. (³³⁶)

De igual forma, dentro de ésta clasificación de las pruebas por su utilidad, también tienen lugar las pruebas pertinentes e impertinentes. Las primeras, son aquellas que recaen sobre hechos relacionados con el litigio del proceso contencioso, mientras las segundas son aquellas cuyo objeto son hechos irrelevantes con la

³³⁵ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. I., pp. 535 y 536.

³³⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 537.

materia de la litis. Por ello, las pruebas impertinentes son inadmisibles, aun cuando sean conducentes por estar legalmente permitidas e igualmente, una prueba puede ser inconducente a pesar de su pertinencia. (³³⁷)

En cuanto a las pruebas útiles, éstas son las que pueden contribuir en cualquier grado a formar la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios del proceso o incidente. A diferencia de ellas, las pruebas inútiles no generan ninguna convicción en el juzgador de los hechos materia de la litis. En este sentido, las pruebas inconducentes o impertinentes son al mismo tiempo inútiles, aunque también pueden existir pruebas inútiles a pesar de su conducencia y pertinencia, como por ejemplo: cuando el hecho sobre el cual recaen está plenamente demostrado con otros medios probatorios, o bien, cuando existe notoriedad pública manifiesta. (³³⁸)

Finalmente, dentro de ésta misma clasificación de los medios probatorios por su utilidad, se encuentran también a las pruebas posibles e imposibles. Las primeras, son todas aquellas que pueden practicarse, mientras las segundas no pueden ser practicadas aun cuando estén autorizadas, tal como sería el caso de una inspección judicial en Venus u otro planeta del sistema solar. (³³⁹)

J.- Según sus Relaciones con Otras Pruebas (pruebas simples y compuestas o complejas; concurrentes y contrapuestas).

La primera distinción de la prueba por sus relaciones con otras pruebas es la de las simples y las compuestas o complejas. Las primeras se actualizan, cuando un solo medio probatorio basta para llevarle al juez la convicción sobre el hecho por demostrar. Las segundas se presentan, cuando esa convicción es obtenida de varios medios probatorios. (³⁴⁰)

³³⁷ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. I., p. 537.

³³⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 537 y 538.

³³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 538.

³⁴⁰ Cfr. *Idem*.

A partir de esa primera distinción, es importante destacar que las pruebas compuestas o complejas pueden subdividirse a su vez en dos: concurrentes o concursales y contrapuestas. Las primeras se presentan, cuando los diversos medios de prueba sirven para producir la convicción del juez en un mismo sentido, es decir, sobre la existencia o inexistencia del hecho. En cambio, las segundas se actualizan, cuando los medios probatorios ofrecidos dentro del proceso están en contraposición, pues mientras unos sirven para una conclusión, otros sirven para una conclusión contraria. (³⁴¹)

No obstante esta clasificación doctrinal, no debe olvidarse que en todo proceso sea cual sea su naturaleza, el convencimiento del juzgador respecto de los medios probatorios, será siempre el resultado del estudio crítico de los mismos en su conjunto.

K.- Según su Licitud o Ilícitud (pruebas lícitas e ilícitas).

Para explicar esta clasificación es necesario en principio destacar que el proceso contencioso, no es un campo de batalla en el cual se permiten todos los medios útiles para triunfar, pues tanto el juez como las partes deben obrar con lealtad, buena fe, moralidad y legalidad en todo momento y particularmente en el debate probatorio. Por eso, desde este punto de vista puede hablarse de pruebas lícitas e ilícitas.

Dentro de las pruebas lícitas se encuentran: las autorizadas en la ley (cuando rija el sistema de prueba legal o no siendo así, aun cuando prevalezca el sistema de libre apreciación, el juez determinará si son moral y jurídicamente viables); las que no violen alguna prohibición legal, ya sea expresa o tácita referente al medio probatorio mismo, al procedimiento para obtenerlo o al hecho particular investigado.

³⁴¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. I., p. 538.

Por otra parte, las pruebas ilícitas son aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley, en cuanto al medio mismo de prueba, a su empleo en un caso particular o al procedimiento para obtenerlo. Dichas pruebas, pueden también prohibirse, cuando constituyan un atentado a la moral, a las buenas costumbres de cierto medio social o porque vayan en contra de la dignidad y libertad de la persona humana, al violar sus derechos fundamentales. Ante estas circunstancias, la ilicitud de la prueba puede resultar de varias causas:

- Puede radicar en el medio mismo, como en el caso de la inspección judicial, cuando ella debe recaer en casos tales como: el estupro o violación, los cuales implicarían necesariamente la repetición de los mismos ante el juzgador.

;

- Puede consistir en el procedimiento empleado para obtener la prueba, como en el supuesto de la confesión o del testimonio obtenidos mediante el uso del tormento físico o moral o bien, cuando se obtiene un documento por hurto o violencia.

- Puede radicar en la violación de una norma jurídica que prohíba utilizar cierto medio de prueba, como el testimonio que viole el secreto profesional del médico o del abogado.

- Puede también hablarse de ilicitud de la prueba, cuando existe una expresa prohibición legal de investigar el hecho sobre el cual versa, tal podría ser el caso de la investigación de la paternidad del hijo o hija de mujer casada en vida del esposo a petición de terceros. Sin embargo, considero que en este caso, la ilicitud se refiere más bien a la investigación, no a las pruebas utilizadas. (³⁴²)

³⁴² Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., pp. 539 y 540.

5.- Medios de Prueba.

En opinión de Devis Echandía, los medios de prueba pueden considerarse desde dos puntos de vista, en primer lugar se entiende por medio de prueba, las fuentes de donde las partes en juicio extraen los motivos o argumentos para lograr la convicción del juzgador sobre los hechos del proceso, es decir, la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la inspección o percepción del juez, la narración contenida en el documento, la percepción e inducción en la prueba de indicios. (³⁴³)

En segundo lugar, se entiende por medio de prueba, los instrumentos y órganos que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de indicio, es decir, los elementos personales y materiales de la prueba. Esta visión según Carnelutti, es la misma noción contemplada en la primera perspectiva, pues entre el confesante y la confesión o el testigo y el testimonio, no media más distinción que la del punto de vista, porque el confesante o el testigo es la persona en actividad, mientras la confesión o el testimonio es el acto de la persona. (³⁴⁴)

De este modo, para estos autores los medios de prueba son tanto las fuentes de donde las partes en juicio extraen los motivos o argumentos, para lograr la convicción del juzgador sobre los hechos del proceso, como los instrumentos y órganos que suministran al juez esas fuentes de prueba, lo cual me parece impreciso, pues aunque la confesional, testimonial, pericial o inspección judicial se realizan a través de una conducta humana, es preciso no confundir estos medios de prueba con los sujetos que los realizan. En este sentido, conviene distinguir entre la persona -sujeto de prueba- y su conducta –medio de prueba-. (³⁴⁵)

³⁴³ Cfr. Hernando Devis Echandía. *op. cit.*, T. I., p. 551

³⁴⁴ Cfr. *Idem*; Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 197 y 198.

³⁴⁵ Cfr. José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 120; Fernando Gómez de Liaño González, *op. cit.*, p. 128; Manuel Mateos Alarcón. *op. cit.*, p. 14.

Así, los testigos y los peritos son sujetos de prueba en tanto que realizan determinadas conductas, tales como formular declaraciones o dictámenes, cuyo objeto es lograr la certeza del juzgador sobre los hechos discutidos en el proceso, por ello, los medios de prueba no son tales personas, sino sus declaraciones o sus dictámenes. De esta forma, los medios de prueba son únicamente aquellos instrumentos mediante los cuales se pretende lograr el convencimiento del juez sobre los hechos objeto de prueba. (³⁴⁶)

La fijación de los medios de prueba es diferente en cada legislación, por ello es necesario destacar la existencia doctrinal de tres sistemas para su determinación:

1.- El sistema de la prueba libre.- Deja a las partes en absoluta libertad para proponer los medios de prueba, con los cuales pretenden acreditar sus pretensiones en juicio y al mismo tiempo, el juez tiene la libertad para admitir dichos medios u ordenar otros que considere aptos para la formación de su convencimiento;

2.- El sistema de pruebas legales.- Consiste en una regulación taxativa de los medios de prueba, es decir, la misma legislación señala cuáles son y tanto las partes como el juez están limitados a los mismos e impedidos para desconocerlos;

3.- El sistema mixto.- Es aquél en el cual se enumeran los medios de prueba que las partes y el juez no puede desconocer, otorgándosele asimismo a las partes la libertad de aportar otros medios para acreditar sus pretensiones en juicio y la facultad al juzgador, de admitirlos u ordenar otros que estime útiles para la formación de su convencimiento. (³⁴⁷)

³⁴⁶ C/r/ Jose Ovalle Favela. *op. cit.*, p. 120.

³⁴⁷ C/r/ Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. 1., p. 553.

De estos sistemas de fijación de los medios de prueba, el mejor es el sistema mixto, ya que lleva implícito el sistema de la prueba libre y no es incompatible con la determinación legal previa de los medios admisibles, en la mayoría de los códigos procesales, ni con la exigencia de determinados medios formales para la validez de ciertos actos jurídicos materiales, sino por el contrario, coincide perfectamente con estas exigencias. (³⁴⁸)

El sistema de la prueba libre implícito en el sistema mixto es ideal en la moderna concepción del proceso, por múltiples motivos, entre ellos, porque dicha libertad únicamente encuentra límites en las formalidades procesales para la proposición, ordenación y práctica de los medios de prueba, por ser necesaria para garantizar la debida contradicción y la lealtad en el debate probatorio y porque no hay una razón lógica para impedirle al juzgador, la admisión de los posibles medios de prueba provenientes del progreso científico, con el sólo argumento de que no están contemplados en alguno de los enumerados muchos años antes en los Códigos de Procedimientos Civiles. (³⁴⁹)

En este sentido, es razonable permitirle al juzgador la formación de su convencimiento y la investigación de la realidad de los hechos, por todos los medios que de cualquier manera sirven para ese propósito y otorgarle libertad para apreciar su mérito, según los principios de la lógica, la psicología judicial, la sana crítica y las reglas de la experiencia. (³⁵⁰)

Estimo que el sistema contemplado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es un sistema mixto, pues aun cuando dicha Ley adjetiva civil regula los medios de prueba clásicos, determina en su artículo 289:

“Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.”

³⁴⁸ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. 1., pp. 553 y 554.

³⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 554 y 557.

³⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 554; Rafael De Pina, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

Y de igual forma, contempla esta libertad probatoria en el artículo 278, el cual dispone a la letra:

“Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.”

A continuación, me referiré a cada uno de los medios probatorios regulados en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, haciendo primero un análisis general de cada uno de ellos, para después aplicarlos al tema central del presente trabajo de investigación, es decir, en particular a la prueba de la filiación.

A.- Confesional.

a).- Concepto.

La prueba confesional ha sido definida de diversas formas, y así para Camelutti, es el testimonio de la parte, cuyo objeto es un hecho contrario a su interés. (³⁵¹)
En opinión de Dellepiane,

“La confesión es el reconocimiento de una obligación, o de la intervención en un delito, en calidad de autor, cómplice o encubridor, que hacen, bien sea el deudor de la obligación, o bien, el implicado en el delito, según el caso.” (³⁵²)

Mateos Alarcón siguiendo a Lessona señala que:

“...la confesión es la declaración, judicial o extrajudicial (espontánea o provocada), con la cual una parte, capaz de obligarse, con el ánimo de suministrar a la otra una prueba con perjuicio suyo, reconoce total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho, que es susceptible de efectos jurídicos.” (³⁵³)

³⁵¹ *Cf.* Francesco Camelutti, *op. cit.*, p. 225.

³⁵² Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 118.

³⁵³ Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 60.

Devis Echandía, la define como:

“...un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del acto, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el conocimiento de otros hechos perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en el proceso” (³⁵⁴)

Desde mi punto de vista, estas definiciones doctrinales se encuentran disociadas de la realidad práctica de la actividad procesal, porque en la mayoría de las ocasiones, la confesión sólo es la versión del absolvente sobre los puntos controvertidos, en la que inevitablemente procura no perjudicarse, aun cuando este protestado de decir verdad y en todas ellas es posible observar como elemento común, el que el autor de la confesión declara hechos propios en su perjuicio y solamente Devis Echandía, acepta también como otros hechos de esa declaración, aquellos simplemente favorables a la contraparte en el proceso.

Asimismo, en la definición sostenida por Devis Echandía son evidentes otras imprecisiones, pues dicho autor señala que la confesional consiste en una declaración de ciencia, lo cual no es correcto, porque es un requisito indispensable para la validez de la confesión, que la declaración recaiga sobre hechos personales del confesante, entendiendo por estos, aquellos hechos en los que el autor de la confesión ha intervenido directamente o tiene el conocimiento directo de los mismos.

De igual forma, lo sostenido por este autor en cuanto a que se trata de una declaración consciente, terminante, voluntaria y sin coacciones, constituye en mi opinión otra disociación con la realidad, porque no siempre dicha declaración es consciente y terminante, al poder ocurrir situaciones en las cuales el confesante reconoce un hecho porque no lo entendió bien o se confundió, o porque su creencia era equivocada y en esos casos esa declaración no es concluyente frente

³⁵⁴ Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., p. 667.

a otros hechos que consten racionalmente por otros medios de prueba. Además, también es común que no se trata de una declaración de voluntad sin coacción, más aun cuando el confesante está protestado de decir verdad y mediante su declaración procura no perjudicarse.

Por eso, en mi opinión la confesional es un medio probatorio consistente en la declaración vinculativa, efectuada durante el proceso ante el funcionario competente para dirimir la controversia, que sobre la versión de hechos propios realiza una de las partes del juicio -tanto personas físicas de modo personal cuando así lo exija quien la aduzca en el proceso, como personas morales a través de un representante-, conforme al interrogatorio contenido en el pliego de posiciones exhibido por la oferente, así como de acuerdo a las posiciones que el mismo juzgador o su oferente le articulen de manera directa al confesante.

b).- Clases de Confesión.

b1).- Judicial o extrajudicial.- Es judicial, la confesión que se hace ante un juez en ejercicio de sus funciones, en el curso del proceso, al contestar la demanda, al absolver posiciones o en otras diligencias durante el proceso y es extrajudicial, la confesión hecha en otra oportunidad distinta al proceso o ante personas distintas al juzgador. (³⁵⁵)

b2).- Espontáneas y provocadas.- La confesión es espontánea, cuando surge voluntariamente por iniciativa del confesante y es provocada, cuando se obtiene a partir de la absolución de posiciones articuladas por el oferente o el juzgador al confesante. (³⁵⁶)

³⁵⁵ Cfr. Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 62; Hernando Devis Echandía, *op. cit.*.T. I., p. 668.

³⁵⁶ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*.T. I., p. 669.

b3).- Escritas u orales.- Según el medio de expresión utilizado, es escrita, la confesión aportada en un documento dirigido al juez del proceso y será oral, la emitida de manera verbal ante el juzgador competente. (³⁵⁷)

b4).- Preconstituidas o por constituir.- Este criterio de clasificación se determina según exista o no la confesión antes del proceso en el cual se aducen como prueba. Así, son preconstituidas, las confesionales existentes previamente al proceso y son confesionales por constituir, aquellas realizadas sólo durante y con motivo del proceso. Puede preconstituirse una confesión oral judicial, obteniendo copia del acta de la diligencia en la cual fue recibida en otro proceso, o bien, puede preconstituirse una confesión extrajudicial, mediante declaraciones previas de las personas que la presenciaron u oyeron. (³⁵⁸)

b5).- Documentales e indocumentales.- Este criterio de clasificación se basa en la forma como constan. Así, las primeras, son aquellas que se contienen en documentos públicos o privados, en cuyo caso pierden su naturaleza propia de confesión y adquieren la de prueba documental, mientras las segundas, son aquellas que no obran en ningún documento público o privado. (³⁵⁹)

b6).- Expresa o tácita (ficta).- Es expresa, la realizada con señales o con palabras a través de las cuales se señala clara y manifiestamente lo que se dice, como respuesta a las posiciones articuladas por la contraparte o el juez y es tácita, la inferida de algún hecho o la presumida por la ley. (³⁶⁰)

Respecto a la confesión tácita o ficta, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que la misma se actualiza cuando quien ha sido citado para confesar, se coloque en los supuestos determinados por los artículos 266

³⁵⁷ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., p. 669.

³⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 669; José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 121.

³⁵⁹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., p. 669.

³⁶⁰ Cfr. Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 62.

primero y último párrafo; 271 último párrafo y 322 de este Ordenamiento legal, los cuales señalan a la letra:

Artículo 266 primero y último párrafo:

“Si en el escrito de contestación el demandado no se refiere a cada uno de los hechos aludidos por el actor, confesándolos o negándolos y expresando los que ignore por no ser propios, se tendrán por fíctamente confesados por dicho demandado, y esta confesión ficta se podrá tomar en consideración en cualquier estado del juicio y aún en la sentencia definitiva.”

“Se tendrán por confesados los hechos sobre los que se guardo silencio o que se evadió la contestación, exceptuando lo previsto en la parte final del artículo 271.”

Artículo 271 último párrafo:

“Se presumirán confesados los hechos de la demanda que se deje de contestar. Sin embargo, se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil de las personas y en los casos en que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos.”

Artículo 322:

“El que deba absolver posiciones será declarado confeso:

- 1.- Cuando sin justa causa no comparezca;
- 2.- Cuando se niegue a declarar;
- 3.- Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente.

En el primer caso, el juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración.”

c).- Sujetos del Acto Confesorio.

Es sujeto activo de la confesión la persona que la realiza, quien además debe ser parte en el proceso en el cual es aducida como prueba, precisamente porque es un requisito para la existencia de la confesión, que la misma emane de una de las partes en dicho proceso. Así, son sujetos activos de este medio de prueba, el demandante, el demandado, un interviniente principal o un simple coadyuvante y en los casos de incidente, cualquiera de las partes en ellos. (³⁶¹)

³⁶¹ C/yr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. I., pp. 669 y 670.

Por otro lado, es sujeto promotor de esta prueba, quien la provoca mediante interrogatorio, ya sea, cualquiera de las partes en el juicio o el mismo juez. En este sentido, señalo a cualquiera de las partes como posibles promotores de la confesional, porque cuando la confesión es espontánea, el mismo confesante se constituye en promotor de la prueba y por lo tanto en sujeto activo desde ese punto de vista. Aunque también en ocasiones, el confesante suele ser sujeto contradictor de esta prueba, al sufrir las consecuencias desfavorables y por consiguiente, tener interés jurídico en discutir su validez y eficacia probatoria. ⁽³⁶²⁾

En cuanto al juez, además de ser sujeto promotor u ordenador de la confesional en aquellos casos en los cuales ordena su desahogo y formula las posiciones que la producen, también se constituyen en su persona otras calidades, como la de admitente; receptor o destinatario y valuador de la misma, lo primero, porque es él quien debe de juzgar la oportunidad de admitirla e incorporarla al proceso, lo segundo, porque a él va dirigida y en el último caso, porque es la persona encargada de asumirla y valorarla. ⁽³⁶³⁾

Propiamente, no existen sujetos pasivos de la confesión ni de la prueba en general, porque en uno u otro sentido todos son sujetos activos de ellas. ⁽³⁶⁴⁾

d).- Ofrecimiento de la Prueba Confesional.

El artículo 292 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que la prueba confesional se ofrecerá presentando el pliego en el cual se contengan las posiciones. Si éste se presenta en un sobre cerrado, deberá guardarse así en el secreto del juzgado, asentándose la razón respectiva en la misma cubierta.

³⁶² Cfr. Hernando Devis Echandía. *op. cit.* T. I., pp. 670 y 671.

³⁶³ Cfr. *Idem*

³⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 670.

De igual forma, ese mismo precepto prevé el posible ofrecimiento de la prueba confesional, pidiendo tan sólo la citación de quien deba desahogar dicha probanza sin acompañar el pliego de posiciones, pero en este caso, si el absolvente no concurriere a la audiencia de pruebas, no podrá ser declarado confeso, ya que esta declaración sólo procede respecto de las posiciones formuladas con anticipación.

De este modo, si el pliego de posiciones no se presenta antes de la audiencia de pruebas y la parte citada para el desahogo de la confesión, no comparece a la misma, el juzgador a pesar de su inasistencia estará imposibilitado para declarar la confesión ficta.

En cuanto al momento en el cual debe ofrecerse la prueba confesional, el artículo 308 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, determina que la misma podrá ofrecerse desde los escritos de demanda y contestación de la demanda, hasta diez días antes de la audiencia de pruebas.

e).- Citación del Absolvente.

El que haya de absolver posiciones será citado personalmente a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejara de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso, tal como lo dispone el artículo 309 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Así, se requiere primeramente la citación del absolvente en forma personal, lo cual también es exigido por el artículo 114 fracción II de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, relativo a las notificaciones que deben realizarse personalmente. En segundo lugar, es necesario el apercibimiento expreso de que en caso de no comparecer, será declarado confeso de todas aquellas posiciones calificadas de legales por el juzgador, pues sin estos dos requisitos no se podrá declarar la confesión ficta.

La citación de la persona que deba absolver posiciones se realizará conforme a las reglas establecidas para las notificaciones, en la Ley adjetiva civil del Distrito Federal. Así, la notificación se le hará en el domicilio designado por quien aduzca este medio probatorio, en su escrito de demanda, contestación de demanda o de ofrecimiento de esta probanza.

Pero, si después de haberse cerciorado el notificador de que la persona por notificar, vive en el domicilio designado por el oferente de la prueba y se negare aquél con quien se entienda la notificación a recibir ésta, el notificador la hará en el lugar en el cual habitualmente trabaje, sin necesidad de una orden judicial especialmente dictada para ello, siempre y cuando obren en autos los datos de ese domicilio habitual de trabajo, o le sean proporcionados por la contraparte al notificador y éste lo haga constar así en autos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 118 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En aquellos casos en los cuales se desconozca tanto el domicilio donde habita como donde habitualmente trabaje o tenga el asiento de sus negocios, la persona a quien se deba notificar para absolver posiciones, la notificación podrá hacerse en el lugar en que ésta se encuentre, según lo dispuesto en el artículo 119 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Aun cuando, la citación del absolvente debe hacerse personalmente de acuerdo a lo establecido por los artículos 114 fracción II y 309 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, debiéndose entender la notificación en principio con el interesado, también el artículo 116 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, admite que la misma sea entregada a su representante, mandatario o procurador autorizado en autos.

Además, conforme ese mismo artículo 116 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, la forma como se realizará dicha notificación, será entregando la cédula respectiva, en la cual se...

"...hará constar la fecha y la hora en que se entregue; la clase de procedimiento, el nombre y apellidos de las partes, el juez o tribunal que manda practicar la diligencia; transcripción de la determinación que se manda notificar y el nombre y apellidos de la persona a quien se entrega, levantándose acta de la diligencia, a la que se agregará copia de la cédula entregada en la que se procurará recabar la firma de aquél con quien se hubiera entendido la actuación."

f).- Las Posiciones.

Las posiciones son las preguntas que sobre hechos propios materia de la controversia, realiza una de las partes del juicio a la otra, con claridad, precisión y sin insidias. Cabe destacar la diferencia entre las posiciones y los interrogatorios, pues estos últimos se emplean en los juicios civiles para el examen de los testigos, mientras las primeras, sólo se formulan entre los contendientes y en forma afirmativa,

"...motivo por el cual sostienen los tratadistas que el autor de las posiciones confiesa y afirma los hechos que en ellas se refieren." (³⁶⁵)

El artículo 311 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, determina la forma como deben de articularse las posiciones:

"Las posiciones deberán articularse en términos precisos; no han de contener cada una más que un solo hecho y éste ha de ser propio de la parte absolvente; no han de ser insidiosas. Se tendrán por insidiosas las preguntas que se dirijan a ofuscar la inteligencia del que ha de responder, con objeto de inducirlo a error y obtener una confesión contraria a la verdad. Un hecho complejo, compuesto de dos o más hechos, podrá comprenderse en una posición cuando por la íntima relación que exista entre ellos, no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro. Podrán articularse posiciones relativas a hechos negativos que envuelvan una abstención o impliquen un hecho o consecuencia de carácter positivo, siempre que se formulen en términos que no den lugar a respuestas confusas."

³⁶⁵ Manuel Mateos Alarcón. *op. cit.*, pp. 65 y 66.

Atendiendo a este precepto, es indispensable para que las posiciones sean admisibles y esté el colitigante vinculado a absolverlas, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.- Se deben presentar por escrito para que previamente el juez resuelva sobre la pertinencia y admisión de las mismas. No obstante, de acuerdo con el artículo 317 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, el promovente de la prueba puede en el momento mismo de la audiencia, formular oral y directamente posiciones al absolvente, haciéndolas constar en el acta respectiva y previa calificación de ellas por el juez.

2.- Su articulación debe ser de manera clara y precisa, valiéndose para ello del lenguaje común, pues de otra manera no se le podría exigir al absolvente contestaciones concretas y categóricas, ni el juez puede tenerlo por confeso si rehúsa contestarlas porque no entiende su contenido.

3.- Cada posición debe referirse a un sólo hecho, pues si se contienen varios hechos es imposible que el absolvente pueda responder de manera categórica. Además, porque de la reunión de varios hechos en una sola posición, nace la confusión acerca de si aquellos han quedado o no probados.

Sin embargo, como excepción a lo anterior el mismo artículo 311 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, establece que un hecho complejo compuesto de dos o más hechos podrá comprenderse en una sola posición, cuando exista una íntima relación entre ellos, de modo que no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro. En este caso, la respuesta de todos los hechos contenidos en la pregunta deberá ser en el mismo sentido y sin la implicación de alguna confusión.

4.- Las posiciones deberán articularse sobre hechos propios de la parte absolvente, entendiéndose por estos, aquellos en los cuales el autor de la confesión ha intervenido directamente o tiene el conocimiento directo de los mismos.

5.- No deben ser insidiosas, entendiéndose por ellas, las posiciones que tienden a ofuscar la inteligencia del absolvente, con el objeto de obtener una confesión contraria a la verdad.

6.- Es posible articular posiciones relativas a hechos negativos que envuelvan una abstención o la implicación de un hecho o consecuencia de carácter positivo, pero en este caso, dichas posiciones deberán articularse de manera que no den lugar a respuestas confusas.

Además de los requisitos señalados, el artículo 312 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece que las posiciones deberán concretarse a hechos objeto del debate, debiendo repelerse de oficio aquellas que no reúnan ese requisito, para lo cual el juez deberá ser cuidadoso en el cumplimiento de este precepto.

g).- Formalidades Procesales de la Prueba Confesional.

La prueba confesional deberá desahogarse por la parte absolvente ante el juez competente. En este sentido, de acuerdo con el artículo 310 de la Ley adjetiva civil para el Distrito Federal, las personas físicas que sean parte en el juicio sólo están vinculadas a absolver posiciones personalmente, cuando así lo exija quien las articula y esta petición se hubiere realizado desde el ofrecimiento de la prueba, argumentando la necesidad de esa absolución de modo estrictamente personal, por la existencia de hechos concretos en la demanda o contestación que justifiquen dicha exigencia, la cual será calificada por el juzgador para así ordenar su recepción.

En el supuesto en el cual el promovente hubiere omitido pedir al juzgador el desahogo de la confesional de modo estrictamente personal, las posiciones podrán ser absueltas por el mandatario o representante del absolvente, siempre y cuando comparezca acreditando su personalidad mediante poder con cláusula especial para tal efecto y conozca de todos los hechos controvertidos propios de su mandante o representado, pues no podrá manifestar desconocer los hechos propios de aquél, ni tampoco argumentar su ignorancia respecto de la respuesta o contestar con evasivas, ni mucho menos negarse a contestar o abstenerse de responder de modo categórico en forma afirmativa o negativa, porque de hacerlo así, se le declarara confeso de las posiciones que calificadas de legales se le formulen.

Tratándose de personas morales es evidente que la absolución de posiciones siempre se llevará a cabo, mediante apoderado o representante con facultades para absolver, cuestión derivada del poder con cláusula especial para tal efecto. Pero, para dicha absolución no se podrá exigir la comparecencia de algún apoderado o representante específico y en todo caso, se seguirán las reglas referidas con anterioridad.

Así, habiendo señalado la forma como pueden comparecer quienes deben absolver posiciones, es decir, personalmente o a través de mandatario o representante (cuando el promovente de la prueba no señale la necesidad de la absolución de modo estrictamente personal o se trate de personas morales), cabe decir que aunque la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, dispone que el desahogo de este medio probatorio será ante el juez competente, en realidad por regla general ese desahogo se efectúa ante el secretario de acuerdos del juzgado, pues este es el encargado de llevar en la práctica las audiencias de los distintos procesos ventilados en los órganos jurisdiccionales.

Por ello, antes de procederse a la articulación de las posiciones, el secretario de acuerdos en representación del juez, tomará la protesta de decir verdad al absolvente o absolventes, pues si fueran varios los citados para absolver posiciones al tenor de un mismo interrogatorio, la absolución de las mismas se practicará por separado, pero en la misma audiencia, evitando que quienes absuelvan primero se comuniquen con los que han de absolver después. Asimismo, ordenará se asienten en el acta respectiva de la audiencia, los datos generales de todos los confesantes.

En seguida y si lo hubiere, abrirá el sobre cerrado en el cual se contienen las posiciones, a efecto de calificarlas y aprobarlas, si reúnen los requisitos señalados en los artículos 311 y 312 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal.

Como decía con anterioridad, estos preceptos jurídicos exigen que las posiciones:

- 1.- Se concreten a hechos objeto del debate;
- 2.- Se articulen en términos precisos y claros;
- 3.- Contengan cada una, un sólo hecho propio de la parte absolvente, aunque también pueden contemplar un hecho complejo compuesto de dos o más hechos, cuando entre ellos exista íntima relación y no pueda afirmarse o negarse uno sin afirmar o negar el otro;
- 4.- No sean insidiosas, es decir, aquellas dirigidas a ofuscar la inteligencia del absolvente, con el objeto de inducirlo al error y obtener una confesión contraria a la verdad;
- 5.- Si se refieren a hechos negativos que envuelven una abstención o impliquen un hecho o consecuencia de carácter positivo, deberán formularse de tal forma que no den lugar a respuestas confusas.

Después de la calificación de las posiciones, el absolvente deberá firmar el pliego de posiciones en el que aquellas se contengan y se procederá al interrogatorio, el cual tradicionalmente se inicia con la frase: Diga si es cierto como lo es y la pregunta respectiva. El absolvente deberá contestar de forma categórica en sentido afirmativo o negativo, pudiendo agregar las explicaciones que estime convenientes o las que el juez le pida, según lo dispuesto por el artículo 316 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La parte absolvente al responder las posiciones no podrá estar asistida por su abogado o procurador, ni por ninguna otra persona a menos que se sea extranjero, en cuyo caso, dicha asistencia será de un interprete designado por el juez.

Aun cuando, el pliego de posiciones haya sido desahogado en su totalidad, el promovente de la prueba de manera personal o en su caso, su mandatario, representante o procurador –con poder especial- están facultados según lo establecido por los artículos 308 y 317 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, para articular oralmente otras posiciones, las cuales una vez calificadas de legales deberán ser contestadas por el absolvente.

Además, una vez absueltas las posiciones, en ese mismo acto el absolvente tiene derecho a su vez a formular posiciones al articulante, si hubiere asistido y en todo caso, el tribunal puede libremente interrogar a las partes sobre los hechos y circunstancias conducentes para la averiguación de la verdad. De las declaraciones del absolvente, del articulante -si se actualiza también la formulación de posiciones a este-, así como del interrogatorio formulado por el juzgador, se levantará acta en la cual se harán constar las contestaciones de las partes, implicando las preguntas, iniciándose como ya decía de la protesta de decir verdad y de los datos generales de los confesantes.

El acta en la cual se contengan las declaraciones deberá ser firmada al pie de la última hoja y en el margen de las demás, después de que el o los confesantes las hayan leído por si mismos o les sean leídas por el secretario de acuerdos. Si no supieren firmar se hará constar esta circunstancia, debiendo asentar su huella digital también en todas las hojas. Cuando el absolvente no esté conforme con los términos en los cuales fue asentada su declaración, el juzgador decidirá la forma como deberán hacerse las rectificaciones, pues una vez firmada el acta en la que se contienen, no pueden variarse ni en la substancia ni en la redacción.

Generalmente, el desahogo de la prueba confesional se lleva a cabo en las instalaciones del juzgado competente. Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, prevé en su artículo 321 que en caso de enfermedad legalmente comprobada de quien debe absolver posiciones, el tribunal se trasladará al domicilio de aquél, donde se efectuará la diligencia en presencia de la otra parte si asistiere.

h).- La Prueba Confesional en los Juicios de Filiación.

Históricamente, la confesional fue considerada como la “reina de las pruebas”, las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio, por ejemplo, en la Ley VIII, del Título XIV de la Partida III, cuyo rubro es “Quántas maneras son de prueba”, la apreciaba como:

“...otorgamiento et conoscencia que la parte faga contra sí en juicio o fuera de juicio en la manera que desuso mostramos en las leyes que fablan en esta razón...” (³⁶⁶)

Prevaleciendo su prestigio y fuerza durante otras épocas, ante la influencia y coacción de las creencias religiosas y morales, así como por la solemnidad y respeto que la rodeaban, lo cual contribuyó a mantenerla en una altura superior a la de otros elementos demostrativos, particularmente por el juramento hecho en nombre de Dios. (³⁶⁷)

Sin embargo, en la actualidad ha ido perdiendo ese prestigio por varios motivos, entre ellos, porque el juramento o la protesta de decir verdad como hoy en día se le denomina, ha decaído de su antigua respetabilidad ante la consignación del derecho de profesar todo género de creencias en el artículo 24 de nuestra Carta Magna y consecuentemente, ante la inexistencia de cualquier tipo de coacción religiosa o moral, es común que en la práctica los confesantes empleen toda clase de habilidades y engaños con la finalidad de no perjudicarse. Además, porque la

³⁶⁶ Real Academia de la Historia. *Las Siete Partidas...op. cit.*, p. 506

³⁶⁷ Cfr. Rafael De Pina. *op. cit.*, pp. 141 y142.

misma legislación ha omitido deliberadamente calificar los casos en los cuales una confesión es plena, permitiendo incluso al juzgador valorarla en su conjunto con todos los medios probatorios aportados y admitidos en el juicio, según lo dispuesto por el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

En la misma doctrina es palpable las reservas que se tienen respecto al valor probatorio de la confesional, así por ejemplo en opinión de Calixto Valverde, para que la confesión pueda ser un medio práctico de prueba se requiere una nobleza, una gran dosis de buena fe y un espíritu de rectitud en quien hace la declaración, pues de otro modo es inútil o de escasa utilidad. (³⁶⁸)

En este mismo sentido, Colin y Capitant señalan que por eficaz que se considere una confesión, no deja de ser una prueba posible de contrariar la verdad, pues la práctica ofrece ejemplos de falsas confesiones, suscritas por preocupaciones diversas, por broma o por el simple deseo de extraviar a la justicia, por tanto, la ley no puede atribuirle siempre una fuerza probatoria absoluta. (³⁶⁹)

Por su parte, Antonio Dellepiane señala:

"La observación de la realidad ha demostrado, sin embargo, que esta suposición o presunción de verdad de lo confesado no es exacta en multitud de casos, que existen confesiones que, o no son sinceras o revisten carácter patológico. No es posible, pues acordar fe completa a la confesión en estado bruto, diremos. En presencia de una confesión cualquiera, no hay, a lo sumo, sino una simple sospecha, o presunción de verdad, sospecha o presunción que sólo podrá convertirse en certeza después de un estudio analítico y de una crítica severa que lleven al ánimo la convicción de que la confesión es sincera y cuerda." (³⁷⁰)

Precisamente por las opiniones de los autores citados en torno a la valoración de la prueba confesional y atendiendo a que la misma, sólo constituye la mayor parte de las veces, la versión emitida ante autoridad judicial por una de las partes del

³⁶⁸ Cfr. Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia*, T. I, 3ª ed., Publicaciones de los Talleres Tipográficos Cuesta, España, 1926, p. 548.

³⁶⁹ Cfr. Ambrosio Colin y H Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. II, 2ª ed., Ed. Reus, España, 1992, p. 243.

³⁷⁰ Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 119.

juicio sobre hechos propios, a través de la cual evita perjudicarse, la considero de poca utilidad práctica en los juicios de filiación, pues como señala Calixto Valverde, 'su utilidad proviene de la nobleza, la buena fe y de la rectitud del confesante, pero cuando existen todos estos aspectos no suele llegarse a juicio.

En el caso particular de los juicios de filiación, es evidente que estos no se actualizarían si existiera la buena fe, la rectitud y la ética de los progenitores o de alguno de ellos para reconocer a sus descendientes o para no encubrir la certeza de la filiación, pues precisamente el objeto de estas controversias es la imputación o el rechazo de la paternidad, de la maternidad o de ambas. Entonces, si por voluntad propia las partes o alguna de ellas, evitaron o encubrieron la certeza del nexo paterno o materno filial, no sería extraño que persistieran en el empleo de toda clase habilidades y engaños ante la coraza de su interés personal. Por eso, sus declaraciones deben ser valoradas en conjunto con otros medios probatorios.

B.- Testimonial.

a).- Concepto.

Francesco Carnelutti define este medio de prueba como:

"un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, acaecido antes del acto mismo." (³⁷¹)

Por su parte, Eduardo Bonnier señala:

"...hay testimonio siempre que se trate de declaración sobre hechos pasados, de terceros desinteresados." (³⁷²)

³⁷¹ Francesco Carnelutti, *op. cit.*, p. 121

³⁷² Eduardo Bonnier, *op. cit.* T. I. p. 218.

Para Gómez de Liaño:

“La prueba por testigos, también denominada prueba testifical, es la que proporcionan personas que son ajenas al proceso, conocedores de los hechos directa o indirectamente, contestando ante el juez al interrogatorio formulado por las partes.” (³⁷³)

Un concepto más completo de la prueba testimonial lo proporciona Devis Echandía, al definir este medio probatorio desde dos puntos de vista:

“En sentido estricto el testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza. En sentido amplio, es testimonio también esa declaración, cuando proviene de quien es parte en el proceso en que se aduce como prueba, siempre que no perjudique su situación jurídica en ese proceso porque entonces sería confesión” (³⁷⁴)

De las definiciones anteriores, puede observarse la concordancia de los conceptos de Bonnier, Gómez de Liaño y Devis Echandía en cuanto a que la prueba testimonial es una declaración proporcionada por quien conoce ciertos hechos, Bonnier y Gómez de Liaño, sólo se refieren a una declaración proveniente de personas ajenas al proceso, mientras Devis Echandía considera los sujetos del testimonio dependiendo de la acepción con la cual se le defina, así en sentido restringido será siempre un acto procesal de terceros, incluyendo en sentido genérico, tanto a las personas ajenas al proceso como a las partes del mismo, con la peculiaridad de que el declarante no debe perjudicar su situación jurídica, pues de lo contrario se trataría de una confesión.

El concepto de testimonio proporcionado por Devis Echandía está adecuado a la noción de testigos aportada por Francesco Carnelutti y Jeremías Bentham, pues ambos doctrinarios también distinguen al sujeto del testimonio mediante dos acepciones. En sentido amplio, el testigo abarca tanto a la parte en el proceso

³⁷³ Fernando Gómez de Liaño González, *op. cit.* p. 155.

³⁷⁴ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. II, 5ª ed., Victor P. De Zavalla Editor, Argentina, p. 33.

como al tercero ajeno a él, mientras en sentido estricto, el testigo sólo es el tercero ajeno al proceso. Pero además de esta distinción, Bentham asigna con el nombre de “parte deponente” al testigo parte en la causa y denomina “testigo externo” al testigo extraño en la misma. (³⁷⁵)

El concepto de testimonio aportado por Carnelutti comprende sin duda estas dos acepciones de testigos, pues dicho autor define de manera genérica este medio probatorio, como un acto humano dirigido a representar un hecho no presente, es decir, un hecho acaecido antes de la declaración testimonial, lo cual significa que el testimonio es siempre una declaración representativa o un medio de representación personal o subjetiva de algún hecho. Sin embargo, es importante destacar que no necesariamente un testimonio versa siempre sobre hechos acaecidos en el pasado, como también señala Bonnier, porque ocasionalmente esos hechos subsisten en el momento de la declaración e incluso con posterioridad a ella, aunque su existencia haya comenzado antes.

Las definiciones doctrinales referidas reflejan la inexistencia de un concepto uniforme de prueba testimonial, ya que dicho medio probatorio puede definirse mediante dos acepciones, dependiendo de quien a de rendir la declaración, así en sentido lato pueden ser sujetos del testimonio, la parte y el tercero, mientras en sentido estricto sólo es sujeto de la misma, el tercero. Ante estas circunstancias, es preciso señalar que para efecto de este trabajo de investigación, considero a la declaración procesal como el género y al testimonio y la confesión como las especies, razón por la cual analizo cada una de estas probanzas en apartados diferentes.

³⁷⁵ Cfr: Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 150 y 151. Jeremías Bentham, *op. cit.*, p. 178.

b).- Objeto del Testimonio.

Para Carnelutti son objeto de la prueba testimonial, tanto los hechos percibidos por los testigos, como los hechos deducidos, los juicios u opiniones que sobre esos hechos percibidos, el testigo transmita al juzgador e incluso también señala dentro del objeto de esta prueba, los hechos realizados por el mismo declarante. ⁽³⁷⁶⁾

Lo señalado por tal autor se basa en que al ser el testimonio la declaración representativa de un hecho, no es posible la separación entre el hecho percibido y el juicio que el testigo se haya formado sobre el mismo, el cual necesariamente es parte integrante de su narración, como cuando alguien declara que una persona tenía un fusil cargado, no porque lo hubiera visto, sino porque disparó sin haberlo cargado antes. De igual forma, en cuanto a la posibilidad del testigo para narrar al juez hechos por él realizados, destaca el ejemplo del espectador de una riña, quien no sólo narra los hechos percibidos por él respecto de los contendientes, sino también otros hechos propios, tales como haberlos separado, haberse colocado en una posición para ver mejor la riña o incluso, haber asistido a uno de los contendientes heridos. ⁽³⁷⁷⁾

Por otra parte, con relación al testimonio de oídas, el cual consiste en la narración del relato de terceros, como no existe una representación directa e inmediata, sino indirecta o mediata del hecho por probar, el objeto de este tipo de testimonio es el hecho percibido de la narración oída y no el hecho narrado por esos terceros. ⁽³⁷⁸⁾

Cabe destacar que en la noción de hechos se incluyen todos aquellos que en general pueden ser objeto de prueba, como son: las conductas humanas, hechos de la naturaleza, cosas u objetos materiales, aspectos de la realidad material, la persona física, estados o hechos síquicos o internos del hombre, los cuales

³⁷⁶ Cfr. Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 122-124.

³⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 123 y 124.

³⁷⁸ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, p. 76.

pueden ser anteriores a la declaración, subsistentes en el momento de la declaración e incluso con posterioridad a ella, aunque su existencia haya comenzado antes. (³⁷⁹)

c).- Sujetos del Testimonio.

El sujeto activo de la prueba testimonial en sentido estricto es el tercero declarante, es decir, la persona llamada a rendir declaración en un proceso en el cual no es parte y a quien comúnmente se le denomina testigo. La palabra testigo proviene de dos raíces latinas, de “*testis*” cuyo significado es persona que da fe, así como de “*testando*” que quiere decir narrar o referir. (³⁸⁰)

En cuanto al sujeto pasivo de la prueba testimonial, cabe decir que propiamente no lo hay, porque en realidad no existen verdaderos sujetos pasivos de la actividad probatoria. Por ello, lo correcto es señalar únicamente como sujeto de este medio de prueba al declarante, quien como ya dije es sujeto activo y al juez, el cual es el sujeto destinatario del testimonio, pues dentro del marco del proceso toda prueba tiene por destinatario exclusivo al juzgador, cuyo convencimiento se trata de formar con ella. (³⁸¹)

d).- Clases de Testimonios y de Testigos.

d1).- Según el destinatario de la prueba testimonial, el testimonio puede ser judicial y extrajudicial, es judicial, cuando la declaración se emite ante el juzgador, quien es el sujeto destinatario de este medio de prueba y es extrajudicial, en aquellos casos en los cuales la declaración se realiza ante particulares, ya sean terceros o partes en el futuro proceso. (³⁸²)

³⁷⁹ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*...T. II, pp. 67 y 68.

³⁸⁰ Cfr. *Ibidem*. p. 42.

³⁸¹ Cfr. *Ibidem*. pp. 64 y 65.

³⁸² Cfr. *Ibidem*. p. 80; Francesco Carneluti, *op. cit.*, p. 151

En opinión de Devis Echandía, los testimonios extrajudiciales no son verdaderos testimonios, ni tampoco sus autores verdaderos testigos en sentido procesal, porque no se trata de actos procesales al haberse producido fuera del proceso o en diligencias procesales previas. No obstante, admite que tales testimonios pueden llegar a producir efectos probatorios relativos, en el caso de actualizarse el proceso y cuando sean narrados en él por un testigo (testimonios de oídas). ⁽³⁸³⁾

Por su parte, Camelutti señala que estructuralmente los testimonios judiciales y los extrajudiciales son idénticos y critica la tendencia, tanto de privar del carácter de testimonios como de excluir todo valor probatorio a los testimonios privados, pues considera que en ocasiones pueden ser eficaces. ⁽³⁸⁴⁾

d2).- Según el medio utilizado para rendirlo, el testimonio puede ser oral y escrito e inclusive, también es posible su emisión mediante signos distintos del sonido y la escritura, como son los gestos o señas, tal como ocurre en el caso de los sordomudos, en aquellos supuestos en los cuales no puedan darse a entender por escrito o bien, cuando las personas ocasionalmente se encuentren imposibilitadas para hablar o escribir. ⁽³⁸⁵⁾

d3).- Según la fuente de percepción del hecho por probar: si es propia o es ajena, los testimonios pueden ser originales o indirectos, son originales, cuando quien los emite es un testigo presencial, es decir, una persona que ha visto, oído o conocido con sus sentidos un hecho sobre el cual puede dar información, si es interrogado. Asimismo son indirectos, los testimonios realizados por un testigo de referencia o de oídas, es decir, una persona quien expone las informaciones adquiridas de otras personas, esto es, por el relato de terceros. ⁽³⁸⁶⁾

³⁸³ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 41.

³⁸⁴ Cfr. Francesco Camelutti, *op. cit.*, p. 151.

³⁸⁵ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 80.

³⁸⁶ Cfr. *Ibidem*. pp. 76 y 80; Jeremias Bentham, *op. cit.*, pp. 177 y 178.

d4).- Según la capacidad para rendir el testimonio, los testigos pueden ser hábiles o inhábiles, son hábiles los que tienen capacidad física, moral e intelectual y son inhábiles, quienes tienen ciertas incapacidades absolutas y relativas. Las incapacidades absolutas excluyen en general la recepción del testimonio de una persona en toda clase de procesos y el juez no puede admitirlo como prueba en ningún caso, las incapacidades relativas se refieren a ciertos motivos que impiden en un proceso determinado la recepción del testimonio, así un testigo puede ser hábil y no obstante estar impedido en el proceso al cual se le cita.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no establece limitaciones para la admisión de los testigos en razón de su edad, capacidad e interés, pues el artículo 356 de dicho Ordenamiento sólo establece:

“Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testigos.”

Este precepto, se encuentra relacionado con los artículos 288 y 73 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, los cuales señalan a la letra:

“Artículo 288. Los terceros están obligados, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad. En consecuencia, deben sin demora, exhibir documentos y cosas que tengan en su poder, cuando para ello fueren requeridos.

Los tribunales tienen la facultad y el deber de compeler a terceros, por los apremios más eficaces, para que cumplan con esta obligación; y en caso de oposición, oirán las razones en que la funden y resolverán sin ulterior recurso.

De la mencionada obligación están exentos los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deben guardar secreto profesional en los casos en que se trate de probar contra la parte con la que están relacionados.”

“Artículo 73. Los jueces para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de los siguientes medios de apremio que juzguen eficaz:

I. La multa hasta por las cantidades a que se refiere el artículo 61, la cual podrá duplicarse en caso de reincidencia;

II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario;

III. El cateo por orden escrita;

IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente.”

Atendiendo a los preceptos transcritos, puede decirse que la declaración de los testigos es un deber, pues su incumplimiento puede ser sancionado a través de cualquiera de los medios de apremio establecidos en la Ley adjetiva civil del Distrito Federal. No obstante, están excluidos de ese deber los ascendientes, descendientes, cónyuges y personas que deben guardar secreto profesional, en aquellos casos en los cuales se trate de probar contra la parte con quien las personas enunciadas están relacionadas.

Sin embargo, aun cuando el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no señala limitaciones para la admisión de los testigos en razón de su edad, capacidad e interés, el artículo 371 de ese Ordenamiento jurídico, determina que dentro de los tres días siguientes al acto del examen de un testigo, las partes pueden atacar el dicho de este, es decir, podrán promover la tacha de testigos, con el objeto de probar la existencia de circunstancias que afectan su credibilidad, cuando la circunstancia en la cual se basen no haya sido expresada en sus declaraciones. Esta tacha de testigos deberá substanciarse en vía incidental y su resolución se reservará para ser dictada en sentencia definitiva.

d5).- Según los testimonios sean o no los medios de prueba idóneos para demostrar el hecho sobre el cual versan, es decir, de acuerdo a su utilidad o relación con las cuestiones debatidas en el proceso, pueden distinguirse en conducentes o pertinentes e inconducentes o impertinentes. (³⁸⁷)

d6).- Los testimonios plurales se distinguen además, en contestes o concordantes y contradictorios o discordantes. Esto en virtud de que el contenido de las declaraciones de los mismos, concuerden o estén en contradicción. (³⁸⁸)

³⁸⁷ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 82.

³⁸⁸ Cfr. *Idem*.

e).- Ofrecimiento y Preparación de la Prueba Testimonial.

El artículo 290 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, determina que a más tardar al día siguiente de la celebración de la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales –si en la misma no se terminó la controversia por convenio- el juez deberá abrir el juicio a prueba por un periodo de diez días comunes, computándose este término a partir del día siguiente a aquél en el cual surta efectos a todas las partes, la notificación del auto que manda abrir dicho juicio a prueba.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 291 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, una vez abierto el periodo probatorio, las partes podrán ofrecer la prueba testimonial, señalando el nombre y domicilio de sus testigos, expresando con toda claridad cual es el hecho o hechos que se tratan de demostrar con esta probanza e igualmente, las razones por las cuales el oferente estima que demostrarán sus afirmaciones.

El ofrecimiento de la prueba testimonial no exige la presentación de interrogatorios por escrito, pues sólo es necesario señalar el nombre y los domicilios de los testigos, pero si alguno o varios de ellos residen fuera del Distrito Federal, el promovente al ofrecer la prueba deberá incluir sus interrogatorios, con las copias respectivas para las otras partes, a efecto de que estas dentro del término de tres días puedan presentar sus interrogatorios de repreguntas. En este supuesto, el examen de dichos testigos se realizará mediante exhorto, en el cual se comprenderán en pliego cerrado las preguntas y repreguntas, según lo dispuesto en el artículo 362 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal.

En principio, las partes tienen el deber de presentar sus propios testigos. Sin embargo, cuando realmente estén imposibilitadas para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad, expresando las causas de su imposibilidad, las cuales serán calificadas por el juzgador bajo su prudente arbitrio. Si el juez

considera conducentes las causas de imposibilidad de la oferente para presentar los testigos, ordenará la citación de estos, apercibiéndolos de que en caso no comparecer sin causa justificada o de negarse a declarar, se les impondrá un arresto hasta por treinta y seis horas o multa equivalente hasta de treinta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 357 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal.

En el supuesto anterior, como el juzgador debe ordenar la citación de los testigos por la imposibilidad de la oferente a presentarlos, esta debe proporcionar el domicilio de los mismos para ese efecto, pero si el señalamiento del domicilio resulta inexacto o se comprueba que la solicitud de su citación, sólo tuvo el propósito de retrasar el procedimiento, se declarará desierta esa prueba y se le impondrá a la promovente una sanción pecuniaria a favor de su contraparte, por el equivalente de hasta sesenta días del salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, sin perjuicio de la denuncia de falsedad correspondiente.

En todo caso y conforme a lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se declarará desierta la prueba testimonial, si el testigo no es presentado por el oferente o si habiendo sido citado el testigo por el juzgador y ejecutados los medios de apremio, no se logra dicha presentación.

f).- Formalidades Procesales de la Prueba Testimonial.

Normalmente, la prueba testimonial se desahoga con la comparecencia de los testigos en las oficinas del órgano jurisdiccional correspondiente y sólo en casos excepcionales, como los establecidos en los artículos 358 y 359 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, su desahogo podrá ser en otro lugar y de otra forma.

Así, de acuerdo con el artículo 358 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, los testigos mayores de setenta años y los enfermos, podrán rendir sus declaraciones en sus domicilios y en presencia de la otra parte, si asistiere. Asimismo, según el artículo 359 del Ordenamiento citado, el presidente de la república, los secretarios de estado, los titulares de los organismos públicos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, federales o locales, el gobernador del banco de México, los senadores, diputados, asambleístas, magistrados, jueces, generales con mando, las primeras autoridades del Distrito Federal, rendirán su declaración por oficio, aunque en casos urgentes podrán rendir declaraciones personalmente.

Fuera de estos supuestos, el desahogo de la prueba testimonial se hará en las instalaciones del juzgado y comenzará tomando la protesta de decir verdad a cada uno de los testigos, a quienes se advertirá de las penas en que incurren los falsos declarantes, a continuación se harán constar sus datos generales, es decir, nombre, edad, estado civil, domicilio y ocupación, así como otras circunstancias, tales como: si es pariente por consanguinidad o afinidad de alguno de los litigantes y en qué grado, si es dependiente o empleado de quien lo presenta o tiene con él sociedad o alguna otra relación de intereses, si tiene interés directo o indirecto en el pleito, si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes.

En seguida, se procederá al examen de los testigos de manera separada y sucesiva, sin que entre ellos puedan presenciar sus declaraciones, para lo cual el juez fijará un solo día para el desahogo de esta prueba, debiendo designar el lugar en el que permanecerán durante y hasta la conclusión de la audiencia. En casos excepcionales, si no fuere posible terminar el examen de los testigos en un sólo día, la diligencia se suspenderá para continuarla al día siguiente.

En el examen de los testigos estarán presentes las partes y como no se requiere la presentación de interrogatorios por escrito, las preguntas deberán formularse de manera verbal y directa en términos claros y precisos, con relación a los hechos

controvertidos y procurando no comprender más de un hecho en cada una. Primero, le corresponde interrogar al promovente de la prueba y después a la otra parte, debiendo el juzgador cuidar que las preguntas formuladas por ambas partes cumplan con todos estos requisitos.

Los testigos deberán contestar a las preguntas formuladas por las partes, asentándose sus respuestas en el acta respectiva, de tal forma que al mismo tiempo se comprenda el sentido de la pregunta formulada, aunque excepcionalmente a juicio del juez se podrá escribir textualmente la pregunta y a continuación la respuesta. En el caso de que algún testigo deje de contestar algún punto, haya incurrido en contradicción o se haya expresado con ambigüedad, el juez a petición de parte, solicitará las aclaraciones oportunas y en todo caso, tendrá la más amplia facultad para interrogar tanto a los testigos como a las partes respecto de los hechos controvertidos.

En el supuesto de que el testigo no pueda rendir su declaración en castellano, la rendirá en su propio idioma por medio de un interprete, nombrado por el juzgador para ese efecto, pero además de asentarse su declaración en castellano, tendrá la facultad si lo pidiere, de emitirla en su propia lengua, ya sea, por si mismo o mediante el interprete.

Una vez rendida la declaración, los testigos deberán dar la razón de su dicho y en todo caso el juez deberá exigirla. La razón de su dicho consiste en la expresión de los motivos por los cuales el testigo conoce los hechos sobre los que ha declarado, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, a través de las que se puede apreciar la manera como el testigo pudo tener conocimiento de los hechos. Esta razón es muy importante, porque de ella se deriva precisamente la valoración y eficacia probatoria del testimonio, al poderse diferenciar entre un testimonio por percepción personal y un testimonio de oídas. (³⁸⁹)

³⁸⁹ *Cfr.* Hemando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, pp. 122 y 123.

“La concordancia entre las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, así como la manera el lugar y la época en que el testigo dice haberlo conocido, es indispensable, pero no es suficiente, para la eficacia del testimonio, porque a pesar de ella pueden existir muchas causas de error o puede tratarse de una falsedad hábilmente preparada.” “Si de tales explicaciones aparece inverosímil la adquisición del conocimiento del hecho, su eficacia probatoria será también nula; si ese conocimiento resulta posible, pero poco probable, el juez podrá reconocerle una relativa eficacia, según las características de cada caso y su concordancia con las demás pruebas.” (³⁹⁰)

Con la manifestación de la razón de su dicho, finaliza la declaración del testigo, debiendo este firmarla al margen de cada hoja y al final de la última, no sin antes revisarla, porque de acuerdo con el artículo 370 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la declaración una vez firmada no puede variarse ni en la substancia ni en la redacción.

g).- Tacha de Testigos.

La tacha de testigos son las alegaciones de las partes tendientes a desvirtuar las declaraciones emitidas por el testigo, las cuales podrán presentarse en el acto mismo del examen del testigo o dentro de los tres días siguientes, debiéndose substanciar por vía incidental para ser resuelta en sentencia definitiva, suspendiéndose mientras tanto su pronunciamiento.

De acuerdo con el artículo 371 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, mediante el incidente de tacha de testigos, las partes pueden atacar el dicho de aquellos por cualquier circunstancia que en su concepto afecte su credibilidad. En este sentido, la alegación de la falsedad del testimonio podrá versar no sólo cuando se ha faltado a la verdad en lo expuesto, sino cuando intencionalmente se ha omitido una parte de los hechos que se conocen y esa omisión altera el sentido o las conclusiones de su declaración, e igualmente, cuando el testigo omite intencionalmente señalar cualquier relación con el oferente de la prueba, o bien, cuando narra hechos verdaderos afirmando conocerlos sin ser cierto. (³⁹¹)

³⁹⁰ Hernando Devis Echandía. *op. cit.*, T. II, pp. 126 y 127.

³⁹¹ *Cfr. Ibidem*, p. 229.

En caso de llegarse a comprobar la falsedad del testimonio del testigo, se podrá incluso dar vista al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones, a realizar la denuncia respectiva por el delito de falsedad en declaraciones judiciales, tipificado en los artículos 311 y 312 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, los cuales señalan a la letra:

“Artículo 311.- Quien al declarar ante autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas faltare a la verdad en relación con los hechos que motivan la intervención de ésta, será sancionado con pena de dos a seis años de prisión y de cien a trescientos días multa.

Si la falsedad en la declaración se refiere a las circunstancias o accidentes de los hechos que motivan la intervención de la autoridad, la pena será de uno a tres años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa.”

“Artículo 312.- A quien con el propósito de inculpar o exculpar a alguien indebidamente en un procedimiento penal, ante el Ministerio Público o ante la autoridad judicial, declare falsamente en calidad de testigo o como denunciante, además de la multa a que se refiere el primer párrafo, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión si el delito materia de la averiguación previa o del proceso no es grave. Si el delito es grave, se impondrá de cinco a diez años de prisión.

La pena de prisión se aumentará en una mitad para el testigo falso que fuere examinado en un procedimiento penal, cuando su testimonio se rinda para producir convicción sobre la responsabilidad del inculpado, por un delito no grave. Si se trata de delito grave, la pena de prisión aumentará en un tanto.”

Pero además de lo dispuesto en estos artículos, también son responsables penalmente, los promoventes de la prueba testimonial o todos aquellos quienes inciten al testigo a declarar ante la autoridad judicial con falsedad, o a ocultar la verdad sobre los hechos objeto del testimonio y en ese caso, tales infractores serán sancionados con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años y con pena pecuniaria de cincuenta a doscientos días de multa, según lo dispuesto en el artículo 315 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Por otra parte, en cuanto a los medios probatorios que deben ser aportados en el incidente de tacha de testigos, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal no los precisa, pues en su artículo 372 sólo establece la inadmisibilidad de la prueba testimonial para tachar a dichos testigos. Por tal motivo, considero

factible comprobar la falsedad del testimonio a través de cualquiera de ellos, con excepción de la testimonial.

La concurrencia de alguna tacha en la persona del testigo, no invalida o destruye totalmente el valor probatorio de su declaración, pues con la misma se infiere simplemente dudoso el dicho del testigo y el juez dentro del arbitrio que le concede el artículo 402 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, deberá apreciar esa testimonial en su conjunto con los demás medios de prueba, atendiendo a las reglas de la lógica y la experiencia. Por ello, si a pesar de la tacha del testigo encuentra veraz y digna de fe su declaración, podrá atribuirle valor probatorio. ⁽³⁹²⁾

h).- La Prueba Testimonial en los Juicios de Filiación.

Como se sabe, la filiación de los descendientes se prueba normalmente con el acta de nacimiento y a falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión de estado de hijo o hija, la cual debe ser constante, porque no se puede tratar de hechos aislados o pasajeros. El artículo 343 del Código de Civil para el Distrito Federal, enumera los principales hechos que reunidos constituyen esta posesión de estado, básicamente dicho precepto se limita a establecer el *nomen*, el *tractatus* y la *fama*.

El *nomen* consiste en el hecho de usar constantemente los apellidos de los supuestos progenitores, con anuencia de estos. El *tractatus* es el hecho de haber sido tratado como descendiente por los supuestos progenitores, proveyendo estos a su subsistencia, educación y establecimiento. La *fama* es el hecho de haber sido reconocido como descendiente públicamente por la familia de los supuestos progenitores. Todos ellos, constituyen el conjunto de actos de voluntad emanados de los progenitores, que suponen el reconocimiento tácito de sus descendientes. ⁽³⁹³⁾

³⁹² Cfr. Rafael Pérez Palma, *Guía de Derecho Procesal Civil*, T. I, 9ª ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2001, pp. 558 y 559.

³⁹³ Cfr. Eduardo Couture, *op. cit.*, p. 415.

Aun cuando el *nomen*, el *tractatus* y la *fama* son los principales hechos para acreditar la posesión de estado de hijo o hija e incluso, el nexo filial respecto del padre y de la madre, no son los únicos, pues también el artículo 341 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, admite para demostrar la filiación todos los medios de prueba autorizados por la ley, incluyendo los provenientes del avance de los conocimientos científicos, con la única limitante de que la prueba testimonial no será admisible si no existe un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos considerados lo bastante graves para determinar su admisión.

Cabe destacar que esa limitación para admitir la prueba testimonial en los juicios de filiación, es una disposición histórica en nuestro sistema jurídico, pues la misma ha estado vigente desde la primera legislación civil de nuestro país, es decir, desde el Código Civil de Oajaca de 1827, en cuyo artículo 180 ya se condicionaba su admisión a la existencia de un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos considerados lo bastante graves como para admitirla.

Precisamente por eso, me parece necesario reflexionar sobre el motivo por el cual esa disposición ha prevalecido a lo largo de la evolución de la Legislación civil mexicana y más en la actualidad que el Código Civil para el Distrito Federal, establece un sistema de libertad probatoria en materia de filiación.

Planiol y Ripert señalan que aun cuando la prueba testifical es forzosa ante la imposibilidad de acreditar el nexa filial con el acta de nacimiento o con la posesión de estado, la ley desconfía de los testigos. Por este motivo, el objeto de su admisión radica en apoyar algún principio de prueba por escrito o indicios, los cuales por sí solos no pueden suprimir toda duda y producir la convicción en los jueces, debiendo entonces completarse con las declaraciones de los testigos. ⁽³⁹⁴⁾

³⁹⁴ Cfr. Marcel Planiol y Georges Ripert. *op cit.*, p. 597.

Esa desconfianza a los testigos manifestada por estos autores, está basada en casos comúnmente actualizados en la práctica, a través de declaraciones testimoniales, cuya finalidad ha sido formar una convicción errónea en el ánimo del juzgador, acerca de la existencia o inexistencia de hechos o circunstancias determinadas, con el propósito de favorecer a una de las partes, demostrando con ello ser el medio de prueba más falible, lo cual ha conducido al legislador a darle un valor probatorio relativo, como una prueba complementaria en los juicios de filiación. (³⁹⁵)

En opinión de Rafael De Pina,

“La prueba testifical es tan peligrosa como imprescindible. El testimonio humano, para la fijación exacta de los hechos en el proceso, presenta, desde luego, grandes dificultades de interpretación, aumentadas, en la práctica, por la falta de una preparación adecuada en los jueces, pero jamás podrá prescindirse de este elemento de prueba, que, bien utilizado, puede darnos una impresión viva y exacta de la realidad que se trata de investigar.” (³⁹⁶)

Por su parte, Isidoro Eisner señala que la eficacia de la prueba testimonial depende de múltiples motivos, particularmente en aquellos casos en los cuales existen defectos de los sentidos, de la memoria y de la expresión en los mismos testigos. Los defectos de los sentidos se presentan, cuando al emitir sus declaraciones los testigos deducen hechos ajenos a la realidad; los de la memoria, cuando declaran mucho tiempo después de ocurridos los hechos y aunque lo hagan de buena fe, no mantienen intactos todos los elementos que se registraron en su momento; los de la expresión, porque en ocasiones no son hábiles en el uso del idioma, o en la explicación mediante los términos más adecuados. (³⁹⁷)

³⁹⁵ Cfr. Marcel Planiol y Georges Ripert. *op. cit.*, p. 597

³⁹⁶ Rafael De Pina, *op. cit.*, p. 203

³⁹⁷ Cfr. Isidoro Eisner, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p. 90.

Aunado a esto, destaca las deficiencias de los funcionarios judiciales quienes a veces carecen de cultura, o están apresurados y no asientan en el acta el verdadero sentido de las declaraciones de los testigos. A pesar de ello, considera de suma importancia esta prueba, porque en muchos casos no es posible ofrecer otro medio probatorio, en virtud de la forma sorpresiva e inesperada con que se presentan los hechos en la realidad. (³⁹⁸)

A pesar de la mesurada tendencia de desconfianza de estos doctrinarios a la prueba testimonial y a su correcta apreciación por el juzgador, ambos están de acuerdo en su necesario ofrecimiento en la generalidad de los casos, para el esclarecimiento de los hechos en el proceso.

De ahí, la importancia de su correcta valoración por el juzgador, quien está vinculado a analizar múltiples aspectos que influirán en su eficacia. En este sentido, cabe destacar la existencia de dos puntos de vista a partir de los cuales se puede apreciar el testimonio, el primero es la crítica formal y el segundo la crítica material de este medio probatorio.

La crítica formal del testimonio consiste en verificar el cumplimiento de los requisitos de forma en su ofrecimiento, admisión, desahogo y ratificación, porque su incumplimiento pueden afectarlo de nulidad o por lo menos suprimirle su valor como prueba. Una vez verificado que el testimonio es formalmente completo y legal, es indispensable pasar al examen de sus requisitos de fondo, es decir, su crítica material, la cual servirá para determinar su fuerza probatoria, bien sea aisladamente o en concurrencia con otros testimonios también formalmente válidos, o con otros medios probatorios. (³⁹⁹)

³⁹⁸ Cfr. Isidoro Éisner, *op. cit.*, p. 90.

³⁹⁹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, p. 248.

Precisamente a partir de esta crítica material, el juzgador estará en posibilidad de encontrar o no argumentos de prueba útiles para formar su convencimiento sobre los hechos controvertidos, pues a través de la misma analizará la valoración del testimonio en sí mismo, ya que el examen del testimonio versará sobre la autenticidad y sinceridad respecto de la persona del testigo, así como respecto a la exactitud o veracidad, credibilidad, conducencia y pertinencia de los hechos objeto de la declaración y sobre la razón de su dicho. (⁴⁰⁰)

Así, en el examen sobre la persona del testigo, el análisis de su autenticidad tendrá la finalidad de determinar, si el testimonio existe realmente, si ese testigo declaró y si lo dicho por él corresponde a lo asignado en el acta, esto en virtud de que cuando el testigo declara en el mismo proceso ante el juez de la causa, la autenticidad del testimonio le consta al juzgador por percepción directa, pero si el testimonio ocurrió en otro proceso, su autenticidad se presume a través de la copia certificada en la cual se exhibe. En cuanto al análisis de la sinceridad del testigo, el objetivo es determinar si lo dicho por él ha sido de buena o mala fe y si ha existido o no una alteración maliciosa o intencional de los hechos. (⁴⁰¹)

Por otra parte, el examen sobre los hechos objeto de la declaración y la razón de su dicho, será con relación a la exactitud o veracidad, credibilidad, conducencia y pertinencia del testimonio. El análisis de la exactitud o veracidad, consiste en determinar si lo dicho de buena fe por el testigo corresponde o no a la realidad o verdad de los hechos, de acuerdo al contenido de las demás pruebas; la posibilidad y verosimilitud de sus percepciones y de los hechos que de estas deduce; la fidelidad de sus recuerdos y de su narración, esto es, si incurrió o no en error. Todo esto, da lugar a la crítica de la credibilidad del testigo y determina la importancia que merece su narración, junto con la de otros testigos concordantes o discordantes en los hechos, así como respecto a otros medios de prueba aportados en el proceso. (⁴⁰²)

⁴⁰⁰ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, p. 249.

⁴⁰¹ Cfr. *Idem.*

⁴⁰² Cfr. *Idem.*

En cuanto al análisis de la conducencia del testimonio, este consiste en determinar si este medio de prueba es útil para probar el hecho investigado y finalmente, el análisis de la pertinencia de la testimonial, tiene por objeto establecer si el testimonio tiene una relación mediata o inmediata con la causa y si a través de él, se puede declarar probado el hecho. (⁴⁰³)

Evidentemente, la crítica formal y material de este medio probatorio, deberá realizarse respecto a cada testimonio, así como en el conjunto de testimonios aportados en el proceso, porque aunque la Ley adjetiva del Distrito Federal no limita el número de los testigos que las partes pueden ofrecer, ni tampoco la pluralidad de la prueba testimonial acrece su valor probatorio, en ocasiones la fiabilidad de la testimonial va acrecentándose a medida que un número mayor de testigos, se expresa en los mismos términos hasta en los puntos más insignificantes. (⁴⁰⁴)

Pero además de la crítica formal y material de cada testimonio y del conjunto de ellos, Devis Echandía señala que para su completa y correcta valoración, sería indispensable examinar la personalidad del testigo, lo mismo en cuanto a sus capacidades sensoriales y mentales, como en su aspecto moral, social y sociológico, por lo menos en sus rasgos más importantes, pues solamente así, se podría determinar el grado de credibilidad de su declaración y su verdadero contenido. Sin embargo, reconoce que en la práctica esto es básicamente imposible, porque entonces el testigo se convertiría en otro objeto de la investigación, desviando la atención del juzgador a cuestiones ajenas a la litis. (⁴⁰⁵)

Por eso, considero que por más pericia y experiencia que tenga el juzgador en la valoración de la prueba testimonial, su tarea es muy compleja, requiriendo de mayor atención en comparación con los demás elementos demostrativos y a pesar de ello, su mérito probatorio en los juicios de filiación no puede ser concluyente

⁴⁰³ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, pp. 249 y 250.

⁴⁰⁴ Cfr. Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁰⁵ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, pp. 267 y 268.

por sí mismo, sino relativo, pues sólo servirá para complementar los principios de prueba por escrito, los indicios y las presunciones, debiendo valorarse junto con los demás medios probatorios aportados y admitidos en el proceso.

C.- Pericial.

a).- Concepto.

Para Witthaus,

“La prueba pericial es la opinión fundada de una persona especializada o informada en ramas del conocimiento que el juez no está obligado a dominar. La persona dotada de tales conocimientos es el perito y su opinión fundada, el dictamen.”⁽⁴⁰⁶⁾

Mateos Alarcón la define como:

“...el dictamen de las personas versadas en una ciencia, en un arte, en un oficio con el objeto de ilustrar a los tribunales sobre un hecho cuya existencia no pudo ser demostrada ni apreciada sino por medio de conocimientos científicos o técnicos; o bien un medio de descubrir la verdad de un hecho, y la forma especial de su demostración deducida de los fenómenos visibles de él o de sus efectos.”⁽⁴⁰⁷⁾

Por su parte, Devis Echandía señala que:

“La peritación es una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa de las aptitudes del común de la gente.”⁽⁴⁰⁸⁾

⁴⁰⁶ Rodolfo Witthaus, *Prueba Pericial*, Ed. Universidad, Argentina, 1991, p. 17.

⁴⁰⁷ Manuel Mateos Alarcón. *op. cit.*, p. 184.

⁴⁰⁸ Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, pp. 287.

Partiendo de las definiciones aportadas por estos autores, puedo decir que la prueba pericial es la actividad procesal mediante la cual un experto en alguna ciencia, técnica o arte, proporciona al juzgador su dictamen sobre algún hecho ajeno al Derecho y debatido en juicio, basándose en sus conocimientos especializados, con el objeto de facilitarle aquél, los elementos necesarios para la justa evaluación y resolución de una controversia jurídica.

Asimismo, atendiendo a la definición aportada por Mateos Alarcón, se infiere que la prueba pericial se compone en realidad de dos partes. La primera, es la declaración de una verdad técnica y la segunda, la aplicación de esa verdad técnica al hecho controvertido, a través del análisis realizado por el perito, quien no está facultado para resolver la cuestión sobre la cual se le consultó, pues su labor sólo estriba en ilustrar al juez sobre los aspectos técnicos de ese hecho, a efecto de que éste pueda apreciarlo correctamente, junto con los demás medios probatorios aportados en el proceso.

En cuanto a la definición proporcionada por Devis Echandía, sólo es necesario precisar que la prueba pericial no siempre se desarrolla en virtud de encargo judicial, pues aun cuando el juzgador de acuerdo con el artículo 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, puede decretar en todo tiempo la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados, también puede promoverse la peritación a iniciativa de las partes, aunque sea requisito esencial para su existencia jurídica que el juez la admita.

La exigencia de la prueba pericial siempre está relacionada con la complejidad de los juicios ventilados ante los tribunales, ajenos muchas veces a la formación profesional de los juzgadores, quienes como técnicos en Derecho, carecen generalmente de conocimientos sobre otras ciencias y cuestiones técnicas o artísticas y no obstante, están vinculados a resolver las controversias jurídicas que se susciten, sin importar el grado de especialidad requerido para ello.

Por eso, a través de la prueba pericial, el experto en la ciencia, técnica o arte correspondiente, deberá proporcionar al juzgador los elementos de juicio necesarios para la correcta apreciación y evaluación de cuestiones ajenas al Derecho, sobretodo cuando éstas revistan especial importancia en el proceso e incluso, sean determinantes para la solución de una controversia. Precisamente por este motivo, es aconsejable la colaboración de esos expertos con el juzgador, pues ello radicará en una mayor seguridad y confianza social en la decisión judicial que se adopte.

b).- Objeto de la Prueba Pericial.

El objeto de la pericia como el de la prueba en general, son los hechos controvertidos para cuya apreciación en este medio probatorio en particular, se requieren de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o técnica y como tal, pueden referirse a hechos, cosas y personas. (⁴⁰⁹)

Así, son objeto de la peritación, los hechos físicos, psíquicos, sucesos naturales, productos de la naturaleza, aspectos de la realidad material, cosas u objetos creados por el hombre, la persona física, su conducta, identidad, condiciones físicas y mentales, es decir, todos aquellos hechos, circunstancias, cualidades y valores que por sus características técnicas, artísticas o científicas, exijan para su adecuada percepción y valoración especiales conocimientos de la misma naturaleza. (⁴¹⁰)

La prueba pericial no puede versar sobre cuestiones de Derecho, ni tampoco sobre los efectos jurídicos de los hechos investigados, verificados o calificados por los peritos, únicamente debe tratarse de hechos cuyas características requieran necesariamente la investigación, verificación y/o calificación técnica, artística o

⁴⁰⁹ Cfr. Rodolfo Witthaus, *op. cit.*, p. 20.

⁴¹⁰ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. II, pp. 299 y 332.

científica, para la adecuada percepción y valoración de los mismos por parte del juzgador para la solución de los procesos judiciales. (⁴¹¹)

c).- Características Generales de la Prueba Pericial.

c1).- Dentro de las características de la prueba pericial, lo primero es determinar si se trata de un medio de prueba o no. Al respecto, hay opiniones divididas, para Eisner por ejemplo, la pericia no es propiamente un medio de prueba, porque aun cuando contribuye a formar la convicción del juez, en realidad es una fase del proceso intelectual desarrollado por el juzgador al dictar sentencia, pues sólo consiste en la ilustración o ayuda que le presta un experto para valorar los hechos, ante la imposibilidad de explicarlos por sus propios sentidos o su saber. (⁴¹²)

A diferencia de Eisner, otros doctrinarios como Camelutti, Devis Echandía, Witthaus y Sentís Melendo, si confieren el carácter de medio de prueba a la peritación, porque el dictamen pericial tiene por objeto la investigación, verificación y/o calificación de los hechos controvertidos de carácter técnico, artístico o científico, suministrándole al juzgador la explicación de los mismos, en cuanto a sus características, causas y efectos, en ámbitos ajenos a su preparación fundamentalmente jurídica. (⁴¹³)

c2).- Es una actividad humana especialmente calificada, porque consiste en la intervención transitoria en el proceso de personas expertas en alguna ciencia, técnica o arte, quienes deben investigar, verificar y/o calificar ciertos hechos, para rendir posteriormente un dictamen respecto de los mismos. (⁴¹⁴)

⁴¹¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, p. 299.

⁴¹² Cfr. Isidoro Eisner, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

⁴¹³ Cfr. Santiago Sentís Melendo, *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1979, pp. 235 y 236; Francesco Camelutti, *op. cit.*, pp. 73-75; Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, p. 315; Rodolfo Witthaus, *op. cit.*, pp. 18 y 19;.

⁴¹⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, p. 304.

c3).- Es una actividad procesal, porque debe ocurrir en el curso de un proceso, ya sea durante el periodo probatorio, o bien, en diligencias posteriores y complementarias. (⁴¹⁵)

c4).- Debe versar sobre hechos y no sobre cuestiones jurídicas, ni tampoco sobre exposiciones abstractas que no incidan en la verificación, calificación o investigación de los hechos del proceso. (⁴¹⁶)

c5).- La prueba pericial debe versar sobre hechos especiales, es decir, sobre aquellos que requieran tanto conocimientos como una experiencia específica, ya sea técnica, artística o científica y cuya verificación, calificación e investigación no sea posible con los conocimientos ordinarios de personas medianamente cultas, ni tampoco con la preparación de los jueces, la cual es fundamentalmente jurídica. (⁴¹⁷)

c6).- La prueba pericial es una declaración de ciencia, porque el perito expone a través de su dictamen las causas y los efectos de los hechos objeto del peritaje, basándose en sus conocimientos y experiencia técnica, artística o científica, sin pretender ningún efecto jurídico concreto con su exposición. (⁴¹⁸)

Además, esa declaración de ciencia aportada por el perito, es esencialmente una operación valorativa, porque su dictamen no constituye la simple narración de sus percepciones, sino la explicación técnica, artística o científica de la existencia, características y apreciación del hecho, de sus causas y sus efectos. (⁴¹⁹)

⁴¹⁵ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 304.

⁴¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁴¹⁷ Cfr. *Ibidem*; Rafael De Pina, *op. cit.*, pp. 180 y 181.

⁴¹⁸ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 304.

⁴¹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 304 y 305.

d).- Clases de Peritaciones y de Peritos.

d1).- La peritación más común en los procesos civiles y penales es aquella que tiene por objeto verificar la existencia o las características de los hechos técnicos, científicos o artísticos. En este tipo de prueba pericial, el perito se denomina *perito percipiendi* y por ello su dictamen es indudablemente un medio para la comprobación de los hechos controvertidos. (⁴²⁰)

d2).- La peritación cuya finalidad es aplicar las reglas técnicas, artísticas o científicas de la experiencia especializada de los expertos, a los hechos verificados en el proceso por cualquier otro medio de prueba, para deducir de ellos las consecuencias, causas, calidades o valores que se investigan. (⁴²¹)

En este tipo de prueba pericial, el perito se denomina *perito deducendi* y su actividad consiste en la realización de dos operaciones, la primera, es enunciar las reglas de la experiencia técnica pertinente a los hechos probados en el proceso por cualquier otro medio de prueba y la segunda, es formular las deducciones correspondientes a esos hechos ya probados en el proceso. (⁴²²)

d3).- Las peritaciones forzosas y potestativas o discrecionales, según la ley exija o no su práctica para el caso concreto. Así, son forzosas en aquellos supuestos en los que la ley determina la necesidad de su práctica para comprobar los hechos controvertidos. A diferencia de estas, las peritaciones potestativas o discrecionales se actualizan cuando a instancia de alguna de las partes se ofrecen como prueba o es el mismo juzgador, quien exige su práctica con el objeto de comprobar los hechos controvertidos. (⁴²³)

⁴²⁰ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 305.

⁴²¹ Cfr. *Idem*.

⁴²² Cfr. *Idem*.

⁴²³ Cfr. *Ibidem*, p. 307.

d4).- Las peritaciones judiciales y prejudiciales, según ocurran en el curso del proceso o en diligencia procesal previa. Así, serán judiciales aquellas que se realizan en el curso del proceso y surten de inmediato sus efectos probatorios, mientras las prejudiciales, se producen anticipadamente en vista del proceso en el cual se aducirán como prueba. (⁴²⁴)

d5).- Las periciales individuales y colegiadas, según sean realizadas por uno o más peritos. Si solamente emite el dictamen un perito se considera individual, mientras si el mismo es emitido por un colegio, academia, cámara o corporación de profesionistas, sería colegiado, al ser producto del trabajo de un equipo. (⁴²⁵)

d6).- En cuanto a las distintas clases de peritos, además de los *percipiendi* y *deducendi*, puede hablarse de peritos esporádicos o accidentales, así como de peritos continuos o permanentes. Los primeros, adquieren esa condición en virtud del nombramiento especial del juez para el caso concreto, mientras los segundos, desempeñan ese encargo como parte de sus funciones, encontrándose en este supuesto los médicos legistas o forenses, pues dentro de sus actividades normales en los procesos penales, está la de dictaminar cuestiones tales como: las causas y el momento de la muerte de un individuo o bien, sobre las consecuencias de las heridas producidas a cierta persona. (⁴²⁶)

e).- El Perito.

Al igual que las opiniones divididas en cuanto a sí la peritación debe considerarse o no un medio de prueba, existe otra discusión en tomo a la naturaleza jurídica del perito, pues para Mateos Alarcón, el perito es un testigo en el arte o ciencia que profesa (⁴²⁷), mientras para Carnelutti, Dellepiane, Devis Echandía, Döhring, De Pina y Witthaus esa calificación es inaceptable, porque la pericial es una

⁴²⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, p. 307; Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 185.

⁴²⁵ Cfr. Rafael De Pina, *op. cit.*, p. 185.

⁴²⁶ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, pp. 307 y 308.

⁴²⁷ Cfr. Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 187.

declaración de ciencia, diferente a la narración emitida por el testigo respecto de sus percepciones sobre los hechos investigados. Precisamente por ello, estos autores son acordes en calificar al perito como un auxiliar del juez. (⁴²⁸)

Esa calificación del perito como auxiliar del juez, atiende a que el mismo sólo se constituye durante el proceso en un colaborador técnico del juzgador, a quien debe ilustrar y suministrar de manera imparcial elementos útiles para pronunciar su decisión, sobre aquellas cuestiones controvertidas en juicio, respecto de las cuales requiere de conocimientos especiales diferentes al Derecho.

En este sentido, cabe resaltar que al constituirse el perito en auxiliar o colaborador del juzgador, su opinión técnica no liga imperativamente aquél, ni tampoco lo dispensa del deber crítico inherente y esencial de su labor, más aun cuando dispone de otros medios de investigación adicionales a los del perito y contempla la controversia judicial de manera global, a pesar de no poseer esos conocimientos artísticos, técnicos o científicos especializados. (⁴²⁹)

Además, el cumplimiento de la tarea encomendada por el juzgador al perito, parte de un ángulo visual estrecho y únicamente en la esfera de su experiencia profesional. Por ello, su labor no puede tener un significado definitivo en la solución de la controversia, sobre todo porque no deben ignorarse aquellos casos comúnmente actualizados en la práctica, a través de los cuales el perito por una tendencia humana y explicable, emite su dictamen favoreciendo a su promovente. (⁴³⁰)

⁴²⁸ Cfr. Erich Döhring, Trad. por Tomás A. Banzhaf, *La Prueba. Su Práctica y Apreciación*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1986, p. 244; Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 75 y. 76; Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 140; Rafael De Pina, *op. cit.*, p. 183; Rodolfo Witthaus, *op. cit.*, p. 25.

⁴²⁹ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, pp. 248 y 249.

⁴³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 249; Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 141.

Por otra parte y una vez que se ha dejado en claro la naturaleza jurídica del perito, deben destacarse los deberes y derechos inherentes a este cargo. Comenzando en principio con los requisitos esenciales para su ejercicio, como son: tener título en la ciencia, arte, técnica o industria sobre la cual ha de oírse su parecer, si en esa ciencia, arte, técnica o industria es indispensable la constancia de título para su práctica profesional. Pero si no lo fuera o aun siéndolo, no hubiera peritos en el lugar, podrán ser nombradas cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, a pesar de carecer de título profesional, según lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal.

Asimismo, es deber de los peritos, asumir dicho cargo y en particular cuando se actualicen tres supuestos: el primero, si su designación fue hecha por el juzgador de acuerdo al sistema de listas previas de peritos; el segundo, si las partes del proceso los designan con base en esas listas oficiales, ya que desde el momento en el cual aceptaron su inclusión en ellas, se les impuso el deber de ejercer esta función y tercero, si se desempeñan en un cargo oficial cuya función es emitir dictámenes para fines procesales, como podría ser el caso de los médicos legistas. (⁴³¹)

Al haber asumido el cargo, los peritos están vinculados a comparecer ante el juez para aceptarlo y protestarlo formalmente. Hecho esto, deberán practicar personalmente las operaciones necesarias para emitir su dictamen, obrando con lealtad, imparcialidad y buena fe, rindiendo de forma clara y precisa, tanto su concepto técnico, artístico o científico, según corresponda, como las argumentaciones que los condujeron a las conclusiones manifestadas en el mismo. (⁴³²)

⁴³¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*, T. II, p. 367.

⁴³² Cfr. *Ibidem*, p. 368.

En cuanto a los derechos de los peritos, estos son básicamente dos: el primero, es un derecho patrimonial consistente en la remuneración por su trabajo y el segundo, es el derecho a que se les faciliten los medios adecuados para el estudio de las cuestiones sometidas a su consideración, así como a gozar de absoluta libertad en su investigación. (⁴³³)

El derecho patrimonial de los peritos, se traduce en la prerrogativa de los mismos a ser remunerados por el desempeño de su actividad profesional y su cálculo dependerá de la naturaleza de la peritación, pues si la elección del perito es realizada directamente por el oferente de la prueba, su encargo tendrá un carácter contractual y en ese caso, su monto será pactado de común acuerdo entre quien presta y recibe los servicios profesionales, mientras si el perito es nombrado por el juzgador, su encargo será de naturaleza procesal, debiéndose fijar el monto de sus honorarios de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

A pesar de lo anterior, el único caso en el que la parte oferente de la prueba pericial no está vinculada a sufragar los honorarios de su perito, se actualiza en el supuesto establecido en los artículos 347 fracción VII y 353 último párrafo de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, los cuales prevén la promoción de dicha probanza a través de la Defensoría de Oficio, eximiendo de tal liquidación a quienes gocen del beneficio de la pobreza.

Es importante destacar la naturaleza de la peritación, porque el artículo 347 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, sólo señala el deber jurídico de las partes de pagar los honorarios de sus peritos, sin establecer las reglas conforme a las cuales deben calcularse dichos honorarios, por ello, cuando los mismos son de carácter contractual, serán pactados de común acuerdo entre el oferente de la prueba y su perito. En la práctica, los criterios para su determinación atienden a varios aspectos, entre los que se pueden mencionar: la importancia económica del

⁴³³ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, pp. 372 y 373.

objeto litigioso en sí o del asunto para el cual se practica la prueba; el mérito científico, técnico o artístico, es decir, la dificultad o especialización que representa la realización del dictamen; la intensidad de trabajo y la experiencia para emitirlo.

Cuestión distinta ocurre, cuando es el juez quien designa al perito, pues atendiendo a lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sus honorarios deberán ser sufragados por la parte a la que se le nombró en rebeldía, o bien, tratándose de un perito tercero en discordia, los mismos serán solventados por ambas partes en igual proporción. En cualquiera de estos dos casos, el cálculo de dichos honorarios se fijará conforme a las siguientes reglas establecidas en el artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia:

1.- En asuntos relacionados con la valuación de bienes, se cobrará el 2.5 al millar del valor de los bienes por valuar.

2.- En exámenes de grafoscopia, dactiloscopia y de cualquier otra técnica, el monto del cobro del perito será entre quinientos y mil pesos.

3.- En negocios de cuantía indeterminada, los peritos cobrarán hasta cinco mil pesos, cantidad que se determinará por el juzgador tomando en cuenta la naturaleza del negocio y la complejidad de la materia sobre la cual verse el peritaje. Dicha cantidad se actualizará conforme al incremento anualizado del Índice Nacional de Precios al Consumidor, señalado por el Banco de México.

Siguiendo estas reglas y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 349 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, los peritos terceros en discordia o los designados en rebeldía por el juez, calcularán el monto de sus honorarios, a efecto de que sean aprobados por el juzgador y puedan ser sufragados por ambas partes en igual proporción, o por la parte a quien corresponde su liquidación. Y si alguna de ellas o ambas incumplen con el pago, serán apremiadas por resolución en la cual

se contenga la ejecución y embargo de sus bienes, de acuerdo al artículo 353 del mismo Ordenamiento jurídico.

En tomo a estos dos sistemas contractual y procesal, a través de los cuales se regulan los honorarios de los peritos, Devis Echandía destaca su inadecuado funcionamiento, señalando la conveniencia de que en ambos casos, los mismos sean determinados y aprobados por el tribunal ante el cual se va a rendir la peritación, evitando los convenios directos entre las partes y los peritos, porque sólo de esta forma se garantizaría mejor la imparcialidad del dictamen. (⁴³⁴)

Por otra parte, el segundo derecho de los peritos, relativo a la suministración de los medios adecuados para el estudio de las cuestiones sometidas a su consideración, se traduce a su vez en una carga procesal de las partes, consistente en el deber de facilitárselos para que estos puedan realizar los estudios respectivos y emitir el dictamen correspondiente. Así, las partes deben poner a su disposición las cosas muebles a examinar, permitir el examen corporal de las personas sobre cuya salud o incapacidad se va a dictaminar, o bien, facilitar la entrada e inspección del inmueble objeto de estudio, todo ello cuando les sea posible. (⁴³⁵)

De lo contrario, incurrirían en una conducta antiprocesal, dolosa y desleal, encaminada a obstaculizar la investigación y el juzgador ante la renuencia de cualquiera de las partes del proceso para permitir los exámenes de las cosas o personas, tendrá la libertad de apreciar esa conducta como indicio en su contra y a favor del hecho que con la peritación se pretendía demostrar. No obstante, para darle valor de presunción legal a esa conducta, es indispensable la existencia de norma jurídica expresa en la cual se determine, pues ello equivale a una inversión de la carga de la prueba. (⁴³⁶)

⁴³⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 373.

⁴³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 376.

⁴³⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 413 y 414.

Pero, además de ese derecho del perito a obtener los medios adecuados para la realización de la investigación, también es importante que el mismo tenga completa libertad para llevarla a cabo, no debiendo ni el juzgador ni las partes intervenir en los métodos, estudios o experimentos conducentes a la obtención de un dictamen preciso y seguro, porque la naturaleza de la peritación excluye todo obstáculo a las actividades de indagación sometidas a su consideración y sólo a él, le corresponde determinarlas a fin de poder dictaminar lo solicitado.

f).- Ofrecimiento de la Prueba Pericial.

En principio, el artículo 346 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, determina que la prueba pericial sólo será admisible en aquellos casos en los cuales se requieran conocimientos especiales de alguna ciencia, arte, técnica, oficio o industria, debiendo desecharse de oficio, cuando la pretensión de las partes sea obtener un dictamen relativo a conocimientos generales presupuestos como necesarios en los jueces, o bien, cuando se trate de cuestiones acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refiera a operaciones aritméticas o similares.

Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 347 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, la prueba pericial deberá ofrecerse dentro del término de ofrecimiento de pruebas, señalando con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual ha de practicarse; los puntos sobre los que versará y las cuestiones respecto de las cuales deberá resolverse. De igual forma, será necesario señalar otros datos relativos al perito, tales como: su nombre, apellidos, domicilio, calidad técnica, artística o industrial del mismo, cédula profesional y la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos. Todos estos requisitos son esenciales, pues a falta de cualquiera de ellos, el juez desechará de plano este medio probatorio.

g).- Formalidades Procesales de la Prueba Pericial.

El artículo 348 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que antes de la admisión de la prueba pericial, el juez deberá dar vista por el término de tres días a la parte contraria del promovente de este medio probatorio, a efecto de obtener su manifestación respecto a la pertinencia de tal prueba y en su caso, la propuesta de ampliación de otros puntos y cuestiones además de los ya formulados por el oferente, para que los peritos dictaminen.

Habiéndose recibido la manifestación de la contraria respecto a la pertinencia de la prueba, así como sus posibles propuestas para ampliar los puntos y las cuestiones sobre los cuales podría también versar el dictamen, el juez estará en la aptitud de admitirla, siempre y cuando la misma se encuentre debidamente ofrecida, en cuyo caso y de acuerdo al artículo 347 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, los oferentes de este medio probatorio quedarán vinculados a que sus peritos dentro del plazo de tres días presenten el escrito de aceptación y protesta de su cargo, manifestando bajo protesta decir verdad, tener conocimiento de los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como su capacidad para emitir dictamen sobre el particular.

A este escrito de aceptación y protesta del cargo de peritos, también deberá anexarse copia de la cédula profesional o de aquellos documentos, con los cuales se acredite la calidad de los peritos en el arte, técnica o industria requeridos. Cabe destacar que la falta de presentación de dicho escrito, dará lugar a la designación de perito en rebeldía del oferente por parte del juzgador.

De igual forma, el juzgador designará perito en rebeldía, si la parte contraria no designare a su perito o aun cuando lo hubiere designado, si su perito omitiera presentar el escrito de aceptación y protesta del cargo.

No obstante en todo momento, las partes podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda el dictamen al cual se sujetarán y también en cualquier tiempo, podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria.

En el supuesto de que los peritos cumplan con la presentación del escrito de aceptación y protesta de su cargo, están vinculados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la presentación de dicho escrito. Como excepción a este término, se encuentran los juicios sumarios, especiales o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, en los cuales el dictamen deberá ser rendido dentro de los cinco días siguientes a la fecha en la que los peritos hayan aceptado y protestado el cargo.

La falta de presentación del dictamen pericial de alguno de los peritos ofrecidos por las partes en el término concedido, dará lugar a que aquella parte cuyo perito omitió presentar el dictamen, acepte tácitamente el dictamen rendido por el perito de la contraria, desahogándose así la pericial únicamente con ese dictamen presentado. Pero si se actualiza el supuesto de que los peritos de ambas partes, no rindan el dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de éstas un perito único, el cual rendirá su dictamen, ya sea en el plazo de diez o cinco días, según corresponda de acuerdo al tipo de juicio.

En todos los casos, los peritos que habiendo aceptado y protestado el cargo, omitan rendir el dictamen pericial correspondiente, serán sancionados por el juez con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. A este respecto, considero que aun cuando el artículo 347 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, sólo contempla la imposición de una multa al perito, en caso de no rendir el dictamen después de haber aceptado y protestado el cargo, las partes pueden exigir de éste en proceso separado, los daños y perjuicios ocasionados con su dolo o culpa, sobretodo cuando el mismo fue

designado directamente por la parte afectada, pues esa responsabilidad civil se fundamenta en los principios generales en materia contractual.

La forma de rendir la prueba pericial será por escrito y aun cuando no existe ninguna disposición jurídica, en la cual se ordene la ratificación de las firmas que obran al calce de los dictámenes, en la práctica se acostumbra dicha ratificación, previa orden del juzgador. Posiblemente, este requisito atiende a la naturaleza del dictamen pericial, el cual al ser un documento privado, sólo hace prueba plena cuando es legalmente reconocido por su autor.

Después de realizada la ratificación de las firmas de los peritos, las partes podrán hacer las observaciones que consideren necesarias, respecto del dictamen emitido por el perito de la contraria, pues las mismas deberán ser consideradas en la valoración realizada por el juzgador al dictar sentencia, según lo establecido en el artículo 347 fracción IX del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De igual forma y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 350 de ese mismo Ordenamiento jurídico, el juez puede ordenar la comparecencia de los peritos en audiencia de ley para que se lleve a cabo la junta de peritos, en la cual las partes tendrán derecho de formular sus interrogatorios en relación con los dictámenes ofrecidos.

Si los dictámenes rendidos por los peritos de las partes, resultan substancialmente contradictorios y el juez no puede obtener de los mismos conclusiones que le aporten elementos de convicción, de acuerdo con el artículo 349 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, el juzgador primeramente y de oficio deberá dar vista al Ministerio Público, a efecto de la integración de la averiguación previa correspondiente, ante la probable responsabilidad de alguno de ellos por la comisión del delito de falsedad en declaraciones ante autoridad judicial.

Hecho esto, el juez designará un perito tercero en discordia, conforme lo dispuesto en los artículos 349 y 353 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Dicha designación, se efectuará entre aquellos autorizados como auxiliares de la administración de justicia o bien, entre aquellos propuestos a solicitud del juez por colegios, asociaciones o barras profesionales, artísticas, técnicas o científicas, instituciones de educación superior públicas o privadas, cámaras de industria y comercio o confederaciones de cámaras. Cuando el juzgador solicite el nombramiento del perito por alguna de estas instituciones, prevendrá a las mismas para que su nominación se efectúe en un término no mayor de cinco días, contados a partir de la recepción de esa notificación o mandamiento judicial.

Una vez designado el perito tercero en discordia por el juzgador, deberá notificársele su nombramiento para que en un término de tres días presente el escrito de aceptación y protesta del cargo, al cual deberá anexar copia de su cédula profesional o documentos con los cuales acredite su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para la que se le designa, manifestando bajo protesta de decir verdad, tener la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular. Asimismo, señalará el monto de sus honorarios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a efecto de su debida aprobación por el juzgador, pues los mismos deberán ser cubiertos en igual proporción por ambas partes.

El perito tercero en discordia deberá rendir su peritaje en la audiencia de pruebas y el incumplimiento de este deber, dará lugar a la imposición de una sanción pecuniaria a favor de las partes, por el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios al aceptar y protestar su cargo. En este caso, el juez deberá designar otro perito tercero en discordia y de ser necesario, suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba en cuestión.

El artículo 351 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, determina que todo perito nombrado por el juzgador, puede ser recusado dentro de los cinco días siguientes a la fecha en la cual se notifique la aceptación y protesta de su cargo a los litigantes. La recusación de los peritos podrá actualizarse de presentarse las siguientes causas:

1.- Que el perito tenga parentesco por consanguinidad, afinidad o civil dentro del cuarto grado, con alguna de las partes, de sus apoderados o abogados. Así, como con el juez o con alguno de sus secretarios.

2.- Que el perito haya emitido sobre el mismo asunto otro dictamen, con excepción de aquellos casos en los cuales se hubiera mandado reponer la prueba pericial.

3.- Que el perito haya prestado sus servicios como perito a alguna de las partes o litigantes, salvo en el caso de haber sido tercero en discordia.

4.- Que el perito sea dependiente, socio, arrendatario o tenga negocios de cualquier clase con alguna de las partes, de sus apoderados o abogados e igualmente, con el juez o con alguno de sus secretarios.

5.- Que el perito tenga interés directo o indirecto en el pleito o en otro juicio semejante con alguna de las partes, de sus apoderados o abogados o con el mismo juez o con alguno de sus secretarios.

6.- Que el perito tenga participación en alguna sociedad, establecimiento o empresa con alguna de las partes, de sus apoderados o abogados e igualmente, con el juez o con alguno de sus secretarios.

7.- Que el perito tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes, sus representantes, abogados o con cualquier otra persona de relación familiar cercana a aquellos.

Aun cuando, el artículo 351 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, sólo prevé estas causas de recusación para los peritos nombrados por el juzgador, considero que también debería ser factible presentar tal recusación en otros supuestos no contemplados en dicho precepto e incluso, no sólo con relación al perito nombrado por el juez, sino igualmente contra cualquiera de los peritos propuestos por las partes.

Así, dentro de otras posibles causas de recusación de los peritos, cito: la existencia de antecedentes deshonestos del perito en el ejercicio de su profesión, arte o actividad ordinaria; la participación del perito en ilícitos que le resten credibilidad a su dicho o pongan en tela de juicio su imparcialidad y/o veracidad e igualmente, en el caso de falta de competencia o idoneidad del perito, pues todos estos supuestos son indispensables para la eficacia probatoria del dictamen y la ausencia de norma jurídica en la cual se prevean, no debe impedir su argumentación en contra del mérito probatorio de dicho dictamen. (⁴³⁷)

Pero, independientemente de la causa en la cual se funde la recusación, el artículo 351 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, determina que el juez lo hará del conocimiento del perito recusado, quien en el mismo acto de la notificación si esta se entiende con él, deberá manifestar la procedencia o improcedencia de esa causa. En el supuesto de reconocer su certeza, el juez lo tendrá por recusado sin más trámite y en el mismo auto nombrará otro perito, pero si la niega, el juez deberá señalar día y hora para la comparecencia de las partes con las pruebas pertinentes.

También puede ocurrir que la notificación no se entienda personalmente con el perito recusado, en cuyo caso el juez ordenará su comparecencia en el término de tres días, para que manifieste bajo protesta de decir verdad, la procedencia o no de la causa en la cual se funda la recusación. Si en la comparecencia, el perito admite su procedencia o no se presenta en el término señalado, el juez sin

⁴³⁷ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. II, pp. 334 y 398.

necesidad de acusar la rebeldía y de oficio, lo tendrá por recusado y en el mismo auto designará otro perito.

A la audiencia de comparecencia del perito recusado deberá asistir la parte que lo haya recusado, de lo contrario se le tendrá por desistida de la recusación, pero si a la misma comparecen todas las partes litigantes, el juez las invitará a llegar a algún arreglo sobre su procedencia y en su caso, sobre el nombramiento de otro perito. Cuando las partes estén de acuerdo en la procedencia de la recusación, nombrarán otro perito de común acuerdo, si solamente son acordes en la procedencia pero no en el nombramiento del perito, este será designado por el juzgador.

En el caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre la procedencia de la recusación, el juez admitirá las pruebas pertinentes, las cuales deberán desahogarse en ese mismo acto para resolver de inmediato lo conducente. Si se declara fundada la causa de recusación, el juez en la misma resolución condenará al perito recusado a pagar dentro del término de tres días, una sanción pecuniaria equivalente al diez por ciento del importe de los honorarios autorizados, en favor de la parte recusante e igualmente, consignará los hechos al Ministerio Público para efectos de investigar el delito de falsedad en declaraciones judiciales o cualquier otro derivado de los mismos, además de remitir copia de la resolución al Consejo de la Judicatura para la aplicación de las sanciones correspondientes.

Pero en el supuesto de que la recusación sea desechada, comprobándose la mala fe del recusante, se impondrá a éste una sanción pecuniaria en favor de su contraparte, hasta por el equivalente a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, tal como lo establece el artículo 352 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Asimismo, cabe destacar que de acuerdo con el artículo 351 *in fine* de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, no habrá recurso alguno contra la resolución de la recusación, ni tampoco contra las resoluciones dictadas en el trámite de la misma. En mi opinión, lo establecido en dicho precepto, no vulnera la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque esa privación deriva después de la existencia de un juicio ante tribunales previamente establecidos, cumpliendo las formalidades esenciales del procedimiento y después de haber obtenido una decisión jurisdiccional conforme a Derecho y su objeto, es evitar posibles dilaciones dolosas efectuadas por alguna de las partes en el procedimiento.

Además, el efecto de la inadmisibilidad de todo recurso contra la recusación o contra cualquier resolución dictada en el trámite de la misma, realmente no perjudica al promovente del perito y sólo denotaría un interés especial en que sea un cierto perito, quien rinda el dictamen, cuando el mismo puede ser rendido por cualquier otro experto en la materia en la cual se solicite.

h).- El Dictamen Pericial.

El dictamen pericial es la opinión fundada del perito respecto de las cuestiones controvertidas en juicio de carácter científico, técnico o artístico sobre las cuales versó la prueba pericial. Por ello, necesariamente dicha opinión debe suministrar al juzgador los principios científicos en los que se funda, así como la explicación detallada de las operaciones técnicas, artísticas o científicas realizadas, a efecto de la correcta valoración de las conclusiones arribadas, de lo contrario carece de valor probatorio. (⁴³⁸)

El dictamen pericial puede existir jurídicamente y no obstante adolecer de nulidad, pero para evitar que esto ocurra, es necesaria la actualización de ciertos requisitos de validez, entre los cuales se pueden citar:

⁴³⁸ Cfr. Rodolfo Witthaus, *op. cit.*, p. 53.

- 1.- La ordenación de la prueba en forma legal.
- 2.- La capacidad jurídica del perito para desempeñar el cargo.
- 3.- La debida aceptación y protesta del cargo de perito.
- 4.- La presentación del dictamen por escrito debidamente firmado.
- 5.- Que el dictamen sea un acto consciente, libre de coacción, violencia, dolo o cohecho.
- 6.- Que no exista una disposición jurídica en la cual se prohíba la práctica de la prueba pericial al caso concreto.
- 7.- Que los estudios básicos del dictamen hayan sido realizados personalmente por el perito.
- 8.- Que el perito no haya utilizado medios ilícitos para la realización del dictamen.
- 9.- Que no exista una causa de nulidad general del proceso que también anule la peritación. (⁴³⁹)

Asimismo, para que el dictamen tenga eficacia probatoria, no basta su existencia jurídica, ni tampoco que no adolezca de nulidad, pues también es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos de fondo y forma:

1) Que sea un medio probatorio conducente respecto al hecho por probar.- Este aspecto está relacionado con el objeto de la prueba pericial en sí, lo cual significa que el hecho, las circunstancias, cualidades o valores del mismo, deben requerir la calificación técnica, artística o científica para su adecuada percepción y valoración por parte del juzgador en la solución del proceso judicial respectivo. (⁴⁴⁰)

2) Que el hecho objeto del dictamen sea pertinente.- Esto significa que el hecho objeto de la pericial debe ser indispensable para resolver la controversia en la cual se promueva, de lo contrario resultará inútil en ese proceso. (⁴⁴¹)

⁴³⁹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, pp. 324-332.

⁴⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 332.

⁴⁴¹ Cfr. *Idem*.

3) Que el perito sea experto y competente para el desempeño de su encargo.- En este sentido, importa señalar que en un proceso, cualquier persona puede ser testigo, pero pocas pueden actuar en calidad de peritos, pues no se trata de narrarle al juzgador las percepciones ordinarias de ciertos hechos, sino de emitir conceptos de valor técnico, artístico o científico ajenos al común de las personas. ⁽⁴⁴²⁾

La eficacia probatoria del dictamen depende fundamentalmente de la competencia del perito para cada caso y obviamente, su designación debe atender tanto a sus conocimientos como a su experiencia, para poder suministrarle al juzgador algún argumento de prueba. Por ello, el artículo 347 fracción III del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, exige al perito anexar en el momento de aceptar y protestar su cargo, la copia de su cédula profesional o de los documentos con los cuales acredite su calidad de perito en el arte, técnica o industria en la que se le designe.

Aunque para la Ley adjetiva civil del Distrito Federal el requisito de título profesional sea garantía o por lo menos presunción de idoneidad del perito, es preciso reconocer que en ocasiones y concretamente en el caso de la ingeniería o de la ciencia médica, dicho título es insuficiente para dictaminar cuestiones muy especializadas, aun cuando comprenda en su generalidad la materia de la pericia, pues en estas áreas existen diversas especialidades en las cuales se demandan años de estudios específicos y en esos supuestos, los promoventes de la peritación pueden exigir mayor grado de especialidad del perito. ⁽⁴⁴³⁾

⁴⁴² C/jr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, pp. 332 y 333; Erich Döhring, *op. cit.*, pp. 255 y 256.

⁴⁴³ C/jr. Rodolfo Witthaus, *op. cit.*, p. 31.

Por otra parte, en cuanto a la competencia del perito, también deben incluirse la ausencia de perturbaciones psicológicas o de cualquier otro orden, que aun cuando no produzcan su incapacidad mental ni física, puedan afectar el adecuado desempeño de dicho cargo, repercutiendo en la fidelidad de sus percepciones y la exactitud de sus juicios o inferencias. (⁴⁴⁴)

De igual forma, en aquellos casos en los que intervenga en calidad de perito una persona considerada autoridad en la materia sobre la cual debe emitirse la peritación, el juzgador deberá valorar de manera crítica sus explicaciones y la solidez de los argumentos expuestos, pues la reputación de ese experto no es suficiente por sí sola, para despertar confianza en su pericia y tal prestigio no debe llevar a la aceptación automática de su dictamen. (⁴⁴⁵)

4) Que no exista motivo para dudar del desinterés, imparcialidad y sinceridad del perito.- Porque al actualizarse cualquiera de estos supuestos, evidentemente se estaría poniendo en tela de juicio el contenido y resultados del dictamen pericial, dando lugar incluso, a la recusación del perito (⁴⁴⁶) y a su responsabilidad penal.

Es importante hacer énfasis en la responsabilidad penal del perito, porque los preceptos jurídicos establecidos al respecto en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en su Título Vigésimo Primero, relativo a “Delitos Contra la Procuración y Administración de Justicia Cometidos por Particulares”, Capítulo Segundo, cuyo rubro es “Falsedad ante Autoridades”, establecen a la letra:

“Artículo 313.- Al que examinado como perito por la autoridad judicial o administrativa dolosamente falte a la verdad en su dictamen, se le impondrán de tres a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa así como suspensión para desempeñar profesión u oficio, empleo, cargo o comisión públicos hasta por seis años.”

⁴⁴⁴ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit...* T. II, p. 333.

⁴⁴⁵ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁴⁶ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit...* T. II, p. 334.

“Artículo 316.- Además de las penas a que se refieren los artículos anteriores, se suspenderá hasta por tres años en el ejercicio de profesión, ciencia, arte u oficio al perito, intérprete o traductor, que se conduzca falsamente u oculte la verdad, al desempeñar sus funciones.”

Atendiendo a estos preceptos jurídicos, el perito es responsable penalmente, cuando dolosamente declara con falsedad en su dictamen, actualizándose tal conducta, de concurrir ciertas circunstancias como son: afirmar o negar falsamente hechos, circunstancias o calidades; ocultar hechos o circunstancias mediante las cuales se modificarían sus conclusiones; el asegurar haber verificado los hechos, circunstancias o calidades del objeto de la peritación con determinados experimentos, sin ser esto cierto; afirmar una conclusión sin tener certeza de ella; señalar en su dictamen un concepto contrario a la realidad, por interés o sentimientos de amistad o enemistad con alguna de las partes o sus litigantes.

En todos estos casos, el perito será merecedor a una pena privativa de libertad de tres a ocho años y a una pena pecuniaria de cien a trescientos días de multa e igualmente, a la suspensión tanto para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión pública hasta por seis años, como a la suspensión de hasta tres años para ejercer la ciencia, arte u oficio correspondiente.

De igual forma y según lo dispuesto en el artículo 315 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, serán responsables penalmente, los promoventes de la prueba pericial o todos aquellos quienes inciten al perito a declarar con falsedad, o a ocultar la verdad sobre los hechos dictaminados ante la autoridad judicial, debiendo ser sancionados con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años y con pena pecuniaria de cincuenta a doscientos días de multa.

5) Que el dictamen esté debidamente fundamentado.- Este aspecto reviste suma importancia y se traduce en la llamada “razón de la ciencia del dicho”, pues el perito no sólo puede constreñirse a emitir su concepto técnico, artístico o

científico, sino también a explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones manifestadas en el dictamen. (⁴⁴⁷)

En este sentido, será común que en la mayor parte de las ocasiones, el juez esté imposibilitado para saber si las explicaciones técnicas, científicas o artísticas, emitidas por el perito en el dictamen adolecen o no de error, a menos que sea obvia la falta de lógica, oscuridad o deficiencia de sus argumentos. No obstante, es posible la actualización de casos en los cuales, el juzgador al informarse en literatura especializada pueda apreciar el valor de esos fundamentos y rechazarlos, o bien, cuando los mismos contradigan normas generales de la experiencia, hechos notorios o conocimientos personales sobre la materia. (⁴⁴⁸)

6) Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.- Este requisito es consecuencia del anterior, pues el perito además de tener el deber de explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones manifestadas en su dictamen, está vinculado a emitir esas conclusiones con claridad, firmeza y una lógica relación entre ellas y los fundamentos con los cuales se respaldan, a fin de ser convincentes. (⁴⁴⁹)

El dictamen pericial no puede tener eficacia probatoria, si unos buenos fundamentos van acompañados de unas malas conclusiones o si no existe armonía entre los fundamentos y las conclusiones, o bien, si el perito no expresa con seguridad y contundencia sus conceptos técnicos, artísticos o científicos. (⁴⁵⁰)

⁴⁴⁷ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, p. 252; Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. II, p. 334.

⁴⁴⁸ Cfr. *Idem.*

⁴⁴⁹ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. II, p. 336.

⁴⁵⁰ Cfr. *Idem.*

Tampoco basta, que las conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, pues puede presentarse el supuesto en el cual el perito exponga con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas, en cuyo caso, si el juez considera improbables esas conclusiones, de acuerdo con las reglas de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, estará imposibilitado para otorgar valor probatorio a la prueba pericial. (⁴⁵¹)

7) Que no existan otras pruebas que desvirtúen el dictamen o lo hagan dudoso o incierto.- Si en el proceso aparecen otros medios probatorios a través de los cuales se desvirtúen las conclusiones del dictamen, o dejen al juzgador en situación de incertidumbre sobre su mérito probatorio, después de una crítica conjunta y razonada, aquél no puede tener plena eficacia probatoria. (⁴⁵²)

8) Que no haya rectificación o retractación del perito.- Cuando el perito rectifique o se retracte total o parcialmente de su dictamen, ese cambio de conceptos impedirá al juzgador otorgarle eficacia probatoria a las nuevas conclusiones presentadas, deduciéndose su falta de firmeza y claridad, pues si el mismo perito no tuvo seguridad en sus conclusiones, menos puede producirla en el ánimo del juez y en este caso, lo procedente sería ordenar oficiosamente o para mejor proveer, otro dictamen con distintos peritos. (⁴⁵³)

9) Que no se haya violado el derecho de defensa de la parte perjudicada con el dictamen o su debida contradicción.- Este requisito está relacionado con el carácter de medio de prueba reconocido a la peritación, porque es una exigencia propia de la disciplina probatoria, conceder a las partes la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga respecto a las pruebas ofrecidas, admitidas y desahogadas en el proceso.

⁴⁵¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 337.

⁴⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 339.

⁴⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 341.

En particular, el ejercicio de ese derecho de defensa de las partes respecto a la prueba pericial, les asiste desde la debida ordenación de la peritación en el proceso; la notificación de las mismas, en la cual se haga de su conocimiento la ordenación de su práctica, a efecto de que manifiesten lo relativo a su pertinencia; los puntos sobre los cuales deberá versar; las pretendidas cuestiones a resolver a través de dicha probanza; la solicitud de tener en cuenta otros hechos o pruebas relacionadas con el objeto del dictamen; la designación de los peritos y en su caso, lo relacionado a la recusación de estos. (⁴⁵⁴)

Además, una vez emitido el dictamen, las partes en cualquier momento y de acuerdo con el artículo 347 fracción IX del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, podrán realizar por escrito sus observaciones al mismo e igualmente, de conformidad con el artículo 350 del Ordenamiento jurídico citado, tendrán derecho a interrogar en la audiencia de pruebas en la cual se lleve a cabo la junta de peritos, al o a los peritos que hayan rendido su dictamen. La formulación de todas las objeciones y aclaraciones, tanto a las motivaciones como a las conclusiones de los dictámenes emitidos por los peritos, deberán ser consideradas por el juzgador al dictar sentencia.

Así, es indispensable para las partes en el proceso conocer y tener la oportunidad, tanto de solicitar las aclaraciones, como de formular las objeciones pertinentes al dictamen pericial que les perjudique, porque de lo contrario se les estaría violando su derecho constitucional de defensa y el juzgador estaría imposibilitado para reconocer al mismo eficacia probatoria.

10) Que los peritos no excedan los límites de su encargo.- El dictamen debe limitarse a los puntos propuestos por las partes y autorizados por el juzgador para la práctica de la prueba pericial, porque de versar sobre puntos distintos carecerá de eficacia probatoria. (⁴⁵⁵)

⁴⁵⁴ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*...T. II, p. 344.

⁴⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 345.

i).- La Prueba Pericial en los Juicios de Filiación.

La aplicación de la prueba pericial a los juicios de filiación reviste especial importancia en el presente trabajo de investigación y es en suma, el tema central de toda mi exposición, pues como ya he destacado, desde tiempos inmemoriales el establecimiento de la filiación biológica ha constituido un serio dilema para la humanidad. En el ámbito de la ciencia jurídica, esta problemática ha pretendido ser resuelta desde los primeros sistemas legales como el romano, a través de presunciones legales, las cuales aun cuando hoy en día siguen siendo útiles en múltiples casos, dicha utilidad no puede generalizarse a toda la gama de posibilidades que se actualizan en la realidad.

Los problemas de filiación son en realidad problemas de derecho probatorio, sobre todo si la pretensión es la imputación de la paternidad, pues en el caso de la maternidad, sólo deben probarse el parto y la identidad del hijo o hija, los cuales son hechos generalmente conocidos, salvo en supuestos excepcionales, como cuando el embarazo y el parto se han llevado a cabo en secreto.

Por el contrario, si como decía, la pretensión es probar el nexo filial de un descendiente con relación a su padre, es común la actualización de grandes complicaciones, aunque en el matrimonio este problema ha sido resuelto en el ámbito del Derecho históricamente, a través de las presunciones de filiación establecidas en las legislaciones civiles de origen romano canónico, encontrando las mismas su fundamento en los deberes de cohabitación y fidelidad, cuya observancia es vinculatoria para los cónyuges entre sí dentro de esta institución. Pero en el caso de los descendientes extramatrimoniales, cabe recordar que las únicas formas de acreditar su filiación paterna, son el reconocimiento voluntario del padre o la sentencia en la cual se declare la paternidad.

Por ello, desde mayo del año 2000 la Legislación sustantiva civil del Distrito Federal, admite en su artículo 382, la prueba biológica o la proveniente de los avances de los conocimientos científicos, para probar el nexo filial de los descendientes, ya sea, con su padre o con su madre y más específica al respecto, resulta la tesis jurisprudencial emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, al siguiente tenor:

"PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye la violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: José Valdez Villegas.

La admisión de la prueba biológica o la proveniente de los avances de los conocimientos científicos, para probar el nexo filial de los descendientes con cualquiera de sus progenitores, tanto en la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, como en la tesis transcrita con anterioridad, en la cual se destaca particularmente la pericial en genética, como la prueba idónea para probar el nexo científico y biológico de la paternidad y la filiación, atiende a que en la actualidad, estos son los medios probatorios más concluyentes para la comprobación del nexo filial, al obtenerse resultados con un mínimo de error.

Pero el llegar a esta conclusión no ha sido tarea fácil, pues ha requerido desde la antigüedad, toda una evolución en el campo de la biología y la medicina, a través de la realización de múltiples estudios y experimentos científicos. Los indicios más remotos datan de los tiempos de Platón y Aristóteles, cuando "los animistas" sostuvieron el origen de la vida en un principio vital anímico, el cual era transmitido de generación en generación. Asimismo, Hipócrates sustentándose en su teoría del humor seminal, señaló que el hombre mediante este fluido transmitía a sus descendientes, sus propios caracteres. (⁴⁵⁶)

No obstante, el descubrimiento de las leyes biológicas básicas de la herencia se atribuye a Juan Gregorio Mendel, monje agustino y abad del Monasterio de Brunn en Checoslovaquia, quien desde 1853 realizó investigaciones en arvejas de varios tipos (especie de árbol, originario de Oriente y perteneciente a la familia de las papilionáceas), a las cuales cruzó entre sí durante dos generaciones, concluyendo que cada nueva especie obtenida presentaba en su descendencia, las características de las especies utilizadas para llevar a cabo ese cruzamiento. (⁴⁵⁷)

Esta conclusión, le permitió a Mendel a su vez sostener en 1865, el punto medular de su teoría, basada en que cada carácter hereditario puede ser dominante o recesivo y constituye siempre una unidad independiente. A pesar de este gran descubrimiento, los resultados de sus investigaciones pasaron inadvertidos en los medios científicos y no fue sino hasta 1900, cuando los biólogos Karl Corenz, Erich Tschermack y Hugo de Vries, reconocieron el mérito de sus experimentos, al haber obtenido casi al mismo tiempo, pero de forma independiente iguales resultados. (⁴⁵⁸)

⁴⁵⁶ Cfr Osvaldo Romo Pizarro, *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Ed. Juridica de Chile, Chile. 1992, p. 170.

⁴⁵⁷ Cfr Primarosa Chieri y Eduardo Zannoni, *La Prueba del ADN*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Argentina, 1999, p. 81; Osvaldo Romo Pizarro, *op. cit.*, pp. 171 y 172.

⁴⁵⁸ Cfr Osvaldo Romo Pizarro, *op. cit.*, p. 171.

Sin embargo, la primera aplicación de las leyes de la herencia de Mendel en el ser humano fue realizada en 1902, conjuntamente por los científicos de apellidos Garrod y Galton, ambos considerados fundadores de la genética médica. A partir de entonces y hasta hoy, las subsecuentes investigaciones y los progresos en el ámbito de la genética clásica y molecular, han desencadenado una verdadera revolución tanto en la biología como en la medicina, extendiendo sus fronteras y aplicaciones al campo de la medicina legal. (⁴⁵⁹)

Desde su descubrimiento, son diversas las pruebas biológicas que se han empleado, al principio la determinación de las diferencias entre persona y persona se fundamentó en los clásicos estudios de los grupos sanguíneos ABO. Posteriormente y al irse perfeccionando, se implementaron marcadores cada vez más informativos, tales como: los subgrupos sanguíneos, los morfológicos o heredobiológicos, las proteínas séricas, los antígenos de histocompatibilidad HLA y finalmente las pruebas para tipificar el ADN. (⁴⁶⁰)

Por ello y siguiendo más o menos el orden de estos marcadores hereditarios que se transmiten genéticamente, las pruebas biológicas a las cuales me referiré en el presente trabajo de investigación son: la prueba hematológica; la prueba de maduración fetal; la prueba antropológica o heredobiológica; el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral; el sistema HLA –human leukocyte antigen-; la prueba de compatibilidad inmunogenética y la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico.

Aun cuando todos estos métodos, contribuyen con la ciencia jurídica en el conocimiento del nexo biológico entre los descendientes y sus ascendientes, este objetivo lo cumplen en distinta proporción. A este respecto, haré referencia en el análisis de las mismas, para entender el grado de certeza que cada una puede proporcionar al Derecho para la determinación de la filiación.

⁴⁵⁹ Cfr. Primarosa Chieri y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 81; Osvaldo Romo Pizarro, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁶⁰ Cfr. Primarosa Chieri y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

Sin embargo, no pretendo de manera alguna aportar una detallada explicación de las técnicas médicas usadas para obtener los resultados de inclusión y exclusión de la paternidad, pues ello pertenece al campo de la medicina y no resulta conveniente abordarlo en el presente trabajo de investigación jurídica, sobre todo porque para su comprensión es indispensable un especial conocimiento técnico. Más bien, el objetivo es proporcionar un breve análisis de las mismas, destacando su importancia hoy en día, dado que en el actual momento de la ciencia otorgan mucho certeza, respecto de los medios probatorios tradicionalmente admitidos por el Derecho.

1.- La Prueba Hematológica.

Al abordar el tema de las pruebas biológicas es inevitable en primer lugar hablar de la prueba hematológica, también denominada prueba de los grupos sanguíneos, cuyo incipiente origen según el tratado Sen-en-roku del año 1247, tuvo lugar en la China antigua, donde su práctica para determinar la paternidad consistió en verter la sangre del padre y del hijo o hija gota a gota en una vasija llena de agua, en la que si el líquido sanguíneo de ambos se incorporaba, indicaba la existencia del nexo filial entre ambos, pero si por el contrario se repelía, era indicativo de su ausencia. (⁴⁶¹)

Aunque es evidente la imprecisión de esta técnica aplicada por los chinos, es importante su mención, porque constituye el primer antecedente de la prueba de los grupos sanguíneos descubierta en 1920 por el biólogo Karl Landsteiner, quien por ese hecho fue galardonado con el Premio Nobel de Medicina de 1930. (⁴⁶²)

⁴⁶¹ Cfr. José Francisco Tejeda, "Nuevos Medios de Prueba de la Paternidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Publicado por el IJ de la UNAM, Publicación Semestral, Año XI, N° 31-32, Enero-Agosto de 1978, p. 94; Filho Zicarelli, "La Prueba en la Acción de Investigación de la Paternidad", *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, Publicado por la PGJDF, Publicación Bimestral, Tercera Época, N° 3, Mayo-Junio 1965, p. 97.

⁴⁶² Cfr. César Augusto Giraldo, *Medicina Forense*, 6ª ed., Publicación de la Universidad de Antioquia, Colombia, 1991, p.154.

El descubrimiento de Landsteiner, partió del análisis de los casos de transfusiones sanguíneas accidentales, realizadas hasta ese momento y respecto de los cuales pudo comprobar que se habían producido como resultado de la mezcla de líquidos sanguíneos contrapuestos, provocando la coagulación de uno de ellos hacia el otro, por la diferente composición entre la sangre del donante y el receptor. De ahí precisamente, obtuvo dos conclusiones iniciales: la existencia de distintos tipos de sangre humana y la consiguiente incompatibilidad o no de las mismas. (⁴⁶³)

A raíz de sus conclusiones iniciales, Landsteiner explicó el fenómeno de la distinta composición de la sangre humana, a través de la existencia de ciertas sustancias específicas, denominadas antígenos o factores de grupo en los glóbulos rojos o eritrocitos del líquido sanguíneo. Además, a dichos antígenos o factores de grupo, los diferenció mediante la creación del sistema ABO, designándolos con las letras A, B, AB y O, significando ello, la división de la especie humana en cuatro grupos sanguíneos. (⁴⁶⁴)

Así, los grupos sanguíneos A, B, AB y O, indicarían el A la presencia del antígeno A en la sangre, el B la presencia del antígeno B, el AB la presencia de ambos antígenos y el O la ausencia de ambos. La división de la especie humana en estos cuatro grupos representativos de los antígenos mencionados, se debe a la diferente estructura química de cada uno, lo cual provoca que difieran de una persona a otra y por ello no en todos los casos pueden ser intercambiables. (⁴⁶⁵)

⁴⁶³ Cfr. Cecilia Grosman, "La Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido, Estudio Comparativo de la Legislación Argentina con el Código de Familia de Costa Rica de 1974, Código de Bolivia de 1972, Ley Francesa de Filiación de 1972 y Ley Italiana de 1975", *Revista de Ciencias Jurídicas*, Publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados de Costa Rica, N° 35. 1978. p. 164; José Francisco Tejada, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

⁴⁶⁴ Cfr. César Augusto Giraldo, *op. cit.*, p. 154; José Francisco Tejada, *op. cit.*, p. 97; Cecilia Grosman. *op. cit.*, p. 164; Primarosa Chieri y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

⁴⁶⁵ Cfr. Ramón Herrera Campos, *La Investigación de la Paternidad y la Filiación no Matrimonial*. Publicación de la Universidad de Granada, España, 1987, p. 150; José Francisco Tejada, *op. cit.* pp. 98 y 99; Primarosa Chieri y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

Pero los descubrimientos de Landsteiner no se limitaron sólo al sistema sanguíneo ABO, pues sus investigaciones continuaron con la pretensión de encontrar un mayor número de antígenos en la sangre. De tal forma, en 1927 junto con Levine, descubrió otras propiedades diferentes e independientes de los antígenos ABO, a las cuales denominó MN. Con posterioridad a dicho hallazgo, fue en 1937 y aunque en esta ocasión junto con Weiner, cuando descubrió el factor Rh de la sangre. (⁴⁶⁶)

El hallazgo del sistema MN fue producto de una serie de investigaciones de inmunización, cuya culminación tuvo lugar con el descubrimiento de dos anticuerpos, designados con las letras M y N, respecto de ellos pudo determinarse que uno u otro, se encuentran invariablemente en el líquido sanguíneo del ser humano. En cuanto al factor Rh, su descubrimiento se debió a los experimentos practicados en la sangre del "*macacus rhesus*", presente también en un gran porcentaje de seres humanos, lo cual los condujo a plantear una nueva clasificación en dos grupos: Rh+ y Rh-, según estuviera presente o ausente este factor en la sangre. (⁴⁶⁷)

La aplicación médico legal de los distintos sistemas sanguíneos en los juicios de filiación, requiere en primer lugar la determinación de los grupos sanguíneos de todos los implicados, es decir, de los presuntos progenitores y descendiente, para después poder establecer si por la combinación de los líquidos sanguíneos de ambos supuestos ascendientes, fue o no posible que engendrarán al descendiente reputado de esa unión.

⁴⁶⁶ Cfr. Salvador Martínez Murillo y Luis Saldivar, *Medicina Legal*, 16ª ed., Méndez Editores, México, 1998, pp. 183 y 184; José Francisco Tejada, *op. cit.*, p. 98; César Augusto Giraldo, *op. cit.*, p. 154; Filho Zicarelli, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁶⁷ Cfr. José Francisco Tejada, *op. cit.*, pp. 102 y 105; Salvador Martínez Murillo y Luis Saldivar, *op. cit.*, p. 184.

Las posibles combinaciones de los grupos sanguíneos de los progenitores se describen a continuación en los siguientes cuadros: (⁴⁶⁸)

SISTEMA SANGUÍNEO ABO

GRUPOS SANGUÍNEOS DE LOS PROGENITORES	GRUPOS SANGUÍNEOS POSIBLES EN EL DESCENDIENTE	GRUPOS SANGUÍNEOS NO POSIBLES EN EL DESCENDIENTE
O x O	O	A, B, AB
O x A	O, A	B, AB
O x B	O, B	A, AB
A x A	O, A	B, AB
A x B	Todos	Ninguno
B x B	O, B	A, AB
O x AB	A, B	O, AB
A x AB	A, B, AB	O
B x AB	A, B, AB	O
AB x AB	A, B, AB	O

Es muy importante la obtención de muestras de sangre de ambos progenitores, pues la falta de alguna de ellas, impedirá que se pueda excluir la paternidad o la maternidad. Además, es preferible la realización de la prueba hematológica después del primer año de vida del descendiente, porque en algunos casos antes de ese tiempo, las isoaglutininas de la sangre no se encuentran totalmente

⁴⁶⁸ Cfr. Salvador Martínez Murillo y Luis Saldivar, *op. cit.*, pp. 181 y 183; César Augusto Giraldo, *op. cit.*, p. 155.

desarrolladas y no pueden proporcionar resultados claros, haciendo necesaria la repetición de dicha probanza cuando el descendiente tenga más edad. (⁴⁶⁹)

SISTEMA SANGUÍNEO MN

GRUPOS SANGUÍNEOS DE LOS PROGENITORES	GRUPOS SANGUÍNEOS POSIBLES EN EL DESCENDIENTE	GRUPOS SANGUÍNEOS NO POSIBLES EN EL DESCENDIENTE
MN x MN	M, N, MN	Ninguno
MN x N	N, MN	M
MN x M	M, MN	N
M x N	MN	M, N
N x M	MN – (MN)	M – N
M x M	M	MN, N

En cuanto al antígeno Rh, este se transmite de progenitores a descendientes, siguiendo rigurosamente las leyes de Mendel, así cada hijo o hija recibe un gen Rh del padre y otro de la madre. Los genes Rh no forman parte de los mismos cromosomas de los factores A, B, O, M y N, por eso, su transmisión hereditaria es independiente de dichos antígenos. (⁴⁷⁰)

Las estadísticas de la herencia del factor Rh, han permitido establecer la relación entre su transmisión y los grupos raciales. Así, se ha determinado la presencia del antígeno Rh+ comúnmente, entre las personas de raza negra, los indígenas de América, Asia y las poblaciones mestizas de estos dos continentes, más que en las poblaciones blancas. No obstante, dentro de las personas de raza blanca, el 85% suelen ser Rh+ y sólo el 15% Rh-. La mayor abundancia de Rh- se ha observado particularmente, entre individuos de origen vasco en un 35%. En el

⁴⁶⁹ Cfr. Salvador Martínez Murillo y Luis Saldivar. *op. cit.*, p. 182.

⁴⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 186.

caso de México este factor es muy raro, pues sólo se calcula su presencia en el 4.5% de la población. (⁴⁷¹)

Los antígenos y los grupos sanguíneos referidos con anterioridad, son sólo algunos de los muchos conocidos en la actualidad, pues hoy en día se ha corroborado la existencia de 100 antígenos diferentes, agrupados en 14 sistemas sanguíneos, los cuales funcionan de forma independiente, sin que exista relación entre ellos, porque se transmiten por genes distintos. (⁴⁷²)

Así, el éxito de la prueba hematológica depende del número y de la calidad de los antígenos utilizados, aunque en principio el único posible resultado que se obtendrá a través de la misma, será siempre negativo, es decir, sólo servirá para excluir o descartar la paternidad o la maternidad, pero no para probarlas. Además, ese resultado de exclusión de cualquiera de estos nexos filiales es mínimo, pues por cálculos estadísticos se ha medido su eficiencia en un 17% cuando únicamente se emplea el sistema ABO; en un 37% cuando se combinan los sistemas ABO y MN y en un 53% si se han utilizado conjuntamente los sistemas ABO, MN y Rh. (⁴⁷³)

Por eso, aun cuando la prueba hematológica sólo conduce a un primer resultado, consistente en excluir o descartar la paternidad o maternidad, su importancia radica en que la misma puede servir para mejorar ese índice de filiación obtenido, si se utilizan otros marcadores genéticos, como por ejemplo el sistema HLA de histocompatibilidad, pues como decía, frente a cada examen basado en otro

⁴⁷¹ Cfr. Fabio Enrique Bueno Rincón, *La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas*, 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1996, p. 74; Salvador Martínez Murillo y Luis Saldivar, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁷² Cfr. Primarosa Chieri y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁷³ Cfr. Eduardo Vargas Alvarado, *Medicina Legal*, Ed. Trillas, México, 1996, p. 269; José Francisco Tejeda, *op. cit.*, pp. 120 y 121. Filho Zicarelli, *op. cit.*, p. 102; César Augusto Giraldo, *op. cit.*, p. 156; Ramón Herrera Campos, *op. cit.*, p. 151.

marcador genético, se obtendrá un nuevo valor de probabilidad de nexo filial con relación al padre o a la madre. (⁴⁷⁴)

La práctica de la prueba hematológica no es reciente, desde 1931 es posible constatar su aplicación en Alemania y con posterioridad en Suiza y Estados Unidos. Particularmente en estos países, se ha admitido su utilidad en los juicios de impugnación de la paternidad, porque la misma se limita a la exclusión del nexo filial y en este tipo de controversias, el marido tiene la carga de la prueba y debe acreditar que no es el padre de un supuesto descendiente. (⁴⁷⁵)

Aunque también en estos juicios de impugnación de la paternidad, ha ocurrido que después de haber practicado la prueba hematológica, mediante el empleo de varios sistemas sanguíneos, resulta la existencia de cierta compatibilidad entre el presunto ascendiente varón y su supuesto descendiente, significando ello una probabilidad del nexo filial entre ambos, en cuyo caso, esta probanza ha sido complementada con otros medios probatorios científicos, a través de los cuales es posible determinar dicho nexo filial con un mínimo de error, como se apreciará adelante. (⁴⁷⁶)

2.- La Prueba de Maduración Fetal.

Científicamente, se ha comprobado una íntima relación tanto entre los distintos períodos de la gestación y la maduración del feto, como entre la duración del embarazo y el grado de desarrollo del recién nacido. Esta vinculación precisamente, ha permitido la elaboración de tablas en las que se especifican ciertas medidas como: la talla, el peso, los diámetros y perímetros craneales del feto o del recién nacido, para determinar el tiempo exacto de su gestación o de su nacimiento. (⁴⁷⁷)

⁴⁷⁴ Cfr. Cecilia Grosman, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷⁵ Cfr. José Francisco Tejada, *op. cit.*, p. 124; Cecilia Grosman, *op. cit.*, p. 171

⁴⁷⁶ Cfr. Cecilia Grosman, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁷⁷ Cfr. José Francisco Tejada, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

Por eso, el diagnóstico de la maduración fetal es la prueba científica de la filiación, cuya práctica se realiza en dos casos específicos: a la madre embarazada antes del nacimiento del producto o al hijo o hija después de su nacimiento.

En el primer supuesto, es imprescindible cerciorarse del estado de gravidez de la madre, lo cual puede verificarse mediante la aplicación de técnicas ecográficas (reconocimiento del embrión o feto en cualquier momento del embarazo); la ecocardiografía (identificación de la actividad cardíaca fetal por auscultación); la percepción de movimientos fetales activos por parte del examinador, o bien, mediante ultrasonido, tomografía computarizada o radiológicamente, a través de la típica radiografía abdominal, pero en este caso, sólo será posible tomarla en la segunda mitad del embarazo, es decir, después del cuarto mes de gestación por el consecuente riesgo de irradiación al producto. ⁽⁴⁷⁸⁾

Comprobada la certeza del embarazo, deberá determinarse el tiempo exacto de la gestación, tomando en cuenta para ello dos cuestiones fundamentales. Primero, las transformaciones anatómicas y fisiológicas experimentadas en el cuerpo de la madre a partir del momento de la concepción, tales como: el crecimiento del abdomen y los senos, y los cambios en el tamaño, forma y consistencia del útero. En segundo lugar, por el tamaño del cuerpo fetal, para lo cual se deberá medir el diámetro biparietal del feto, puesto que este se encuentra estrechamente relacionado con la edad de gestación. La técnica utilizada para determinar la edad fetal, el tiempo del embarazo y por ende la fecha más probable de la fecundación, se basa tanto en la fórmula de Balthazard-Dervieux como en el procedimiento matemático de Haase. ⁽⁴⁷⁹⁾

⁴⁷⁸ Cfr. Alejandro Basile y David Waisman, *Fundamentos de Medicina Legal*, Ed. El Ateneo, Argentina, 1989, p. 126; José Ángel Patitó, *Medicina Legal*, 2ª ed., Ediciones Centro y Norte y Carlos Vicino Editor, Argentina, 2001, p. 297.

⁴⁷⁹ Cfr. Encarnación Serna Meroño. *La Reforma de la Filiación*, Ed. Montecorvo, España. 1985, p. 52; Alejandro Basile y David Waisman, *op. cit.*, p. 126; José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 297.

Por otra parte, en el segundo supuesto relativo a la práctica de la prueba de maduración fetal en el descendiente recién nacido, es necesaria la medición de parámetros tales como: el peso, la talla y los perímetros craneales del mismo, pues con estos datos es posible fijar con precisión el tiempo que tiene de nacido, la duración de su gestación y en consecuencia, la fecha más probable de la fecundación, datos todos ellos calculados mediante tablas preestablecidas. (⁴⁸⁰)

Ahora bien, una vez que en ambos casos fue posible determinar la fecha más probable de la concepción, es decir, la de la fecundación del óvulo, será necesario relacionar esa fecha con las presunciones de paternidad matrimonial y concubinaria establecidas respectivamente en los artículos 324 y 383 del Código Civil Federal, porque ambos preceptos jurídicos especifican numéricamente los plazos máximos del embarazo en 300 días y los mínimos en 180. Estos períodos legales de la gestación son muy importantes, pues mediante la resta aritmética de ambos se infiere el período legal de la concepción, es decir, el término de 120 días dentro de los cuales debió haber tenido lugar la fecundación del óvulo.

Así, la imputación científica de la paternidad a través de esta probanza, derivará de la coincidencia entre la fecha probable de la fecundación del óvulo (determinada por esta pericial) con el período legal de la concepción, lo cual significa la necesaria ubicación de esa fecha dentro de los primeros 120 días del total de los trescientos que como máximo pudo durar el embarazo. Este aspecto debe destacarse, porque de acuerdo con el artículo 325 del Código Civil Federal, contra las presunciones de paternidad matrimonial establecidas en el artículo 324 del mismo Ordenamiento jurídico, únicamente se admite como prueba la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

⁴⁸⁰ *Id.* Encarnación Serna Meroño, *op. cit.*, p. 52.

En este mismo sentido, es preciso señalar que aun cuando el Código Civil Federal, no determina la admisión de prueba en contrario en los casos de las presunciones de paternidad concubinaria, establecidas en su artículo 383, me parece factible hacer extensivo este principio respecto de las mismas, cuando el concubinario pueda probar la imposibilidad del acceso carnal con su concubina, durante los ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

De este modo, si mediante el diagnóstico de la maduración fetal puede concluirse la concordancia entre la fecha científica probable de la concepción y el período legal de la concepción y por ende, el nexo filial del descendiente con el padre, tanto en el matrimonio como en el concubinato, se estaría frente a un medio probatorio de inclusión de la paternidad, cuyo empleo correspondería a la madre y al hijo o hija. De lo contrario, sería el padre quien estaría en la posibilidad de emplearlo a su favor como prueba de exclusión del nexo filial con el presunto descendiente.

Pero la cuestión se complicaría, de comprobarse que la madre ha cohabitado al mismo tiempo con su marido o concubino y con otro individuo en un período no muy distante, comprendido en un espacio de cuatro semanas, porque de actualizarse un supuesto así, sería indispensable la voluntad de ambos sujetos para concurrir a juicio, con el objeto de aportar las fechas de las relaciones sexuales mantenidas con la madre, pues sólo con esos datos se podría determinar en el dictamen pericial, la respectiva probabilidad de la concepción por cada uno.
(⁴⁸¹)

Sin embargo, esa simple probabilidad de paternidad del descendiente cuya filiación es discutida, resultaría insuficiente y haría necesario reforzar el índice de inclusión de dicho nexo filial con la práctica de otros medios probatorios científicos, a través de los cuales fuera posible determinarlo con un mínimo de error. Ante

⁴⁸¹ *Cfr.* Cecilia Grosman. *op. cit.*, p. 54.

estas circunstancias, es posible concluir que la eficacia jurídica de la prueba de maduración fetal es relativa, sobre todo porque en la mayor parte de los casos, sólo proporciona resultados aproximados, haciendo necesaria su relación con otros medios probatorios dentro del proceso. (⁴⁸²)

3.- La Prueba Antropológica o Heredobiológica.

La herencia es el fenómeno biológico por el que se transmiten genéticamente de ascendientes a descendientes, ciertos caracteres portados por los progenitores. Dichos caracteres hereditarios son: morfológicos, cromáticos, fisiológicos, sanguíneos, psíquicos y algunas veces patológicos. Todos ellos, se clasifican dentro de los factores endógenos, porque se deben a la transmisión hereditaria, a diferencia de los factores exógenos, los cuales son adquiridos por cada individuo en el medio ambiente donde vive y se desarrolla. (⁴⁸³)

Precisamente por eso, los factores endógenos constituyen el objeto central de las leyes de la herencia, predominando en ellas el estudio de los caracteres físicos sobre los de orden psíquico, pues normalmente la transmisión hereditaria de aquellos se remonta hasta los abuelos o ascendientes todavía más remotos, dado que las características de un individuo provienen por partes iguales de los respectivos ascendientes de la primera generación (progenitores); por una cuarta parte de los de la segunda (abuelos); por una octava de los de la tercera (bisabuelos) y por una decimasexta de los de la cuarta (tatarabuelos) y así sucesivamente. (⁴⁸⁴)

⁴⁸² Cfr. José Francisco Tejeda. *op. cit.*, p. 93.

⁴⁸³ Cfr. Osvaldo Romo Pizarro, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

⁴⁸⁴ Cfr. Filho Zicarelli, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

Cada ser humano es el producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide, procreadores del huevo, en el cual se reúnen los elementos armoniosos de los individuos masculino y femenino. Las propiedades antagónicas de los progenitores, no pueden existir conjuntamente, de ahí la predominancia de una u otra característica en el individuo procreado, o bien, de un elemento intermedio. ⁽⁴⁸⁵⁾

Así, por ejemplo, cuando dos individuos de distinto grupo racial tienen un descendiente, como podría ser en el caso una persona de raza negra con otra de raza blanca, se presentan tres posibilidades de heredabilidad racial en aquél, la de cada uno sus progenitores y una intermedia, suscitándose entonces el mestizaje o hibridación. En los dos primeros casos, la heredabilidad es unilateral, mientras en el último es bilateral. ^(486)

A este respecto, importa citar las tesis de la herencia sustentadas por Mendel, Darwin y Weissman. Juan Gregorio Mendel descubridor de las leyes básicas de la herencia en 1865, sostuvo que cada factor hereditario constituye siempre una unidad independiente, ya sea dominante o recesiva, de acuerdo a la predominancia o no de una u otra característica en el individuo procreado. ^(487)

Para Darwin, la herencia se efectúa a través de la acción de los genes, pues en el huevo (producto de la unión del óvulo con el espermatozoide) existen genes transmisores de las características tanto del padre como de la madre y según se vaya desarrollando dicho huevo, los genes y las células del nuevo organismo se van multiplicando con restricciones a semejanza de los progenitores. Por su parte, Weissman explica la teoría de la herencia, mediante la existencia de bióforos, que vendrían a ser los genes de Darwin, es decir, minúsculas partículas

⁴⁸⁵ Cfr. Filho Zicarelli, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁸⁶ Cfr. *Idem*.

⁴⁸⁷ Cfr. Osvaldo Romo Pizarro, *op. cit.*, pp. 171 y 172.

representativas de las características de los progenitores y transmisibles a los descendientes. (⁴⁸⁸)

A partir de estos antecedentes científicos, se encuentra el fundamento de la prueba antropológica o heredobiológica de la filiación, pues la misma se basa en el estudio de los principales caracteres morfológicos, cuya herencia es transmitida por los progenitores al descendiente, según las leyes mendelianas. (⁴⁸⁹)

Así, la prueba antropológica o heredobiológica consiste en el examen comparativo de 260 a 300 caracteres distintos en el descendiente, con relación a su madre y al presunto padre o viceversa. Normalmente, entre los caracteres que deben compararse mediante dicho estudio, se encuentran: la nariz, la forma y color de los ojos, el pabellón de la oreja, los diámetros craneales, el color y la estructura del cabello, los labios, la forma del paladar, la columna vertebral, las manos, los dibujos papilares y las huellas dactilares, entre otros. (⁴⁹⁰)

El examen comparativo de todos estos caracteres, se realiza conforme al método antropobiométrico y el perito deberá analizar cada uno de ellos en cuanto a sus semejanzas o diferencias morfológicas, para aportar los índices de probabilidad positiva o negativa del nexa filial controvertido. El procedimiento aplicado para este efecto, consiste en asignar a cada carácter analizado un índice de compatibilidad, lo cual se hace mediante un logaritmo calculado en tablas preestablecidas y como a cada carácter corresponde un logaritmo diferente, se sumarán algebraicamente para obtener un resultado numérico, que representará el grado de exclusión o inclusión del nexa filial discutido. (⁴⁹¹)

⁴⁸⁸ Cfr. Filho Zicarelli, *op. cit.*, pp. 88 y 89.

⁴⁸⁹ Cfr. José Francisco Tejada, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁹⁰ Cfr. *Ilem*: Ramón Herrera Campos, *op. cit.*, p. 148.

⁴⁹¹ Cfr. Ramón Herrera Campos, *op. cit.*, p. 149.

Aun cuando, a través de la prueba antropológica o heredobiológica es posible determinar el grado de exclusión o inclusión de la paternidad o maternidad, su empleo en los juicios de filiación no es muy aconsejable, porque en la práctica presenta varios inconvenientes. El primero, es en cuanto a la recolección de los datos para llevarla a cabo, pues la transmisión de los caracteres morfológicos, depende de múltiples factores hereditarios y es común la ausencia de muchos de ellos en el descendiente recién nacido, ya que, normalmente dichos caracteres se definen en los individuos a los tres años de edad, provocando desde el punto de vista procesal, el estancamiento del juicio entablado hasta que el menor cumpla la edad requerida para poder practicarla. (⁴⁹²)

En segundo lugar, uno de los mayores peligros de esta prueba radica en el subjetivismo pericial, porque el perito de acuerdo con sus apreciaciones personales tiene un amplio campo de discrecionalidad para atribuir a los distintos caracteres morfológicos analizados, los respectivos índices de compatibilidad. Aun cuando, se ha pretendido objetivizar los resultados de dicha probanza con el empleo del método antropobiométrico, basado en cálculos matemáticos y estadísticos. (⁴⁹³)

Por ello, si a pesar de estas circunstancias que restringen la certeza del resultado de la prueba antropológica o heredobiológica en los juicios de filiación, los litigantes insisten en su práctica, la misma sólo podrá aportar al proceso un primer resultado de exclusión o inclusión del nexo filial controvertido, debiéndose corroborar este con otros medios probatorios científicos más concluyentes.

⁴⁹² Cfr. Encarnación Serna Meroño, *op. cit.*, pp. 37 y 55; José Francisco Tejada, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁹³ Cfr. José Francisco Tejada, *op. cit.*, p. 91; Encarnación Serna Meroño, *op. cit.*, p. 55.

4.- El Método de Kühne o Prueba Morfológica de la Columna Vertebral.

Una variedad de la prueba antropológica o heredobiológica es la llamada prueba morfológica de la columna vertebral o método de Kühne, la cual se funda en la transmisión hereditaria de ciertos caracteres morfológicos de la columna vertebral. Por ello, este método consiste en el estudio comparativo de la conformación de la columna vertebral de los progenitores y descendiente, en virtud de que los caracteres morfológicos de ambos son transmitidos a este último, de acuerdo con las leyes mendelianas de la herencia. (⁴⁹⁴)

Para llevar a cabo este estudio comparativo, se debe tener en cuenta que las vértebras de la columna vertebral, se dividen en cinco regiones: 7 cervicales, 12 dorsales, 5 lumbares, 5 sacras y de 3 a 6 coxigeas. Sin embargo, en algunos casos, la séptima vértebra cervical parece más bien dorsal o la primera dorsal parece cervical. De igual forma, es común en cada vértebra la tendencia a inclinarse, ya sea hacia el cráneo, es decir, hacia arriba o bien, hacia abajo, de esas desviaciones son trascendentes las craneales, porque son dominantes. (⁴⁹⁵)

Según Kühne, todos estos aspectos son muy importantes, porque tanto la imprecisa conformación de la columna vertebral, como su diversa inclinación, constituyen variaciones hereditarias de progenitores a descendientes, permitiendo en algunos casos excluir el nexa filial, siendo éste el único posible resultado que se puede obtener de esta prueba en los juicios de filiación. (⁴⁹⁶)

Así, como la prueba morfológica de la columna vertebral es sólo una variedad de la prueba antropológica o heredobiológica, es obvio que en la práctica presenta los mismos inconvenientes de ésta, al estar restringida al subjetivismo pericial y únicamente poderse aplicar a los menores a partir de tres los años de edad. Por

⁴⁹⁴ Cfr. Francisco Lledo Yague, *Acciones de Filiación*, Ed. La Ley, España, s.f, p. 291.

⁴⁹⁵ Cfr. Ramón Herrera Campos, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁹⁶ Cfr. *Idem*.

eso, su certeza en los juicios de filiación es mínima y necesariamente debe complementarse con otros medios probatorios científicos.

5.- El Sistema HLA (human leukocyte antigen).

El actual empleo del sistema tisular HLA en los juicios de filiación, deriva de su anterior aprovechamiento en la técnica de los implantes de órganos, cuyo descubrimiento se atribuye al científico francés Jean Dausset en 1952, valiéndole ese mérito el Premio Nobel de Medicina de 1980. (⁴⁹⁷)

La técnica de los implantes de órganos, ha sido determinante para concluir lo relativo a las compatibilidades e incompatibilidades entre seres humanos, así se ha comprobado que la incompatibilidad en el implante de tejidos de un individuo a otro, se presenta cuando el organismo elabora anticuerpos contra todos aquellos antígenos ajenos, causando el rechazo sistemático de los mismos.

Consecuentemente, el éxito de todo implante depende de la similitud de sustancias antígenas entre las células del dador y las del receptor, sustancias éstas heredadas, de acuerdo con las leyes mendelianas. (⁴⁹⁸)

Por ese motivo, la comunidad científica dispuso que si el sistema HLA es aplicado con éxito en otras áreas de identificación humana, como son los implantes de órganos en los que está de por medio una vida, con mayor razón puede ser empleado con completa seguridad para hacer una correcta determinación de la ausencia o existencia del vínculo filial de cualquier individuo con su padre o madre. (⁴⁹⁹)

⁴⁹⁷ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *Manual para la Investigación de la Filiación. Actualización Médico-legal*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1985, pp. 26 y 27; Pedro Di Lella, *Paternidad y Pruebas Biológicas*, Ed. Depalma, Argentina, 1997, p. 18.

⁴⁹⁸ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, pp. 26 y 110.

⁴⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 110.

El sistema HLA constituye básicamente una nueva prueba hematológica, cuya práctica requiere una simple extracción de sangre venosa, para determinar los antígenos HLA en los linfocitos (variedad de leucocito) de la sangre, esto es, la identificación de las marcas genéticas heredadas en las células blancas del líquido sanguíneo.

Particularmente, la información genética codificada por el sistema HLA, se encuentra en el sexto par cromosómico del ser humano, ubicado en la membrana citoplasmática de todas las células y portadora del 6% del material genético total del organismo. (⁵⁰⁰)

El hecho de que el sistema HLA constituya una nueva prueba hematológica, conduce precisamente a recordar su íntima relación con la prueba hematológica clásica, la cual sólo permite la obtención de un primer resultado, consistente en excluir o descartar la paternidad o maternidad y como se sabe, su importancia radica en que el índice de filiación obtenido a través de la misma, puede mejorarse si se utilizan otros marcadores genéticos, como es el caso del sistema HLA de histocompatibilidad, pues frente a cada examen basado en otro marcador genético, se obtendrá un nuevo valor de probabilidad del nexo filial de un individuo con relación al padre o a la madre.

Por otra parte, cabe destacar dentro de las principales características del sistema HLA, en su aplicación a los procedimientos para identificar la ausencia o existencia del vínculo filial controvertido, las siguientes:

- Es un sistema multialélico que permite gran cantidad de combinaciones, los alelos son las formas alternativas de un mismo gen y el sistema HLA tiene por objeto verificar las posibles combinaciones entre más de 100 alelos;

⁵⁰⁰ Cfr. Luis Verrino y Haas Emilio, *op. cit.*, pp. 26 y 27; Encarnación Serna Meroño, *op. cit.*, pp. 61 y 62; Fabio Enrique Bueno Rincón, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

- Los alelos son siempre codominantes, es decir, se expresan todos en la descendencia, tanto los paternos como los maternos;
- Los antígenos HLA se expresan completamente desde antes del nacimiento en el feto y se mantienen constantes y estables toda la vida;
- Las técnicas para la identificación de los antígenos HLA se realizan con los más rigurosos controles de calidad;
- Los índices de exclusión e inclusión obtenidos son lo suficientemente seguros para efectuar el diagnóstico de la paternidad o de la maternidad, pues su capacidad de exclusión es de aproximadamente 90% y el de inclusión cercano al 100%. (⁵⁰¹)

Estas características del sistema HLA y sobre todo, el hecho de que su teoría genética no corresponda al campo experimental, han sido determinantes para su creciente aceptación por la comunidad científica, considerándosele hoy en día como uno de los métodos más seguros para proveer a la información científica de la filiación, en virtud de los altos porcentajes de exclusión e inclusión de la paternidad o maternidad. (⁵⁰²)

Sin embargo, es menester señalar que su empleo en los juicios de filiación presenta ciertos inconvenientes, no siempre subsanables, porque la complejidad de su práctica hace ineludible recurrir a peritos y laboratorios altamente especializados. Además, no debe olvidarse el aspecto económico, pues es un método costoso cuya técnica requiere el uso de sueros, antisueros y reactivos, también especiales y de elevada cuantía, los cuales son utilizados por duplicado o triplicado, siendo muchas veces difíciles de obtener al ser de importación. (⁵⁰³)

⁵⁰¹ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, pp. 16, 26, 34 y 35.

⁵⁰² Cfr. *Ibidem*. pp. 110 y 111.

⁵⁰³ Cfr. Encarnación Serna Meroño, *op. cit.*, pp. 43 y 62.

Ante esas circunstancias, resulta necesario difundir su utilidad en los juicios de filiación, promoviendo a la vez su práctica en instituciones públicas de salud del país, mediante la adquisición del equipo específico para llevarla a cabo y la capacitación de personal especializado, pues de eso dependerá su accesibilidad a la generalidad de la población por un bajo costo y no sólo a determinadas personas de acuerdo con sus recursos económicos.

6.- La Prueba de Compatibilidad Inmunogenética.

La práctica de esta prueba científica de la filiación tiene lugar en el campo de la inmunogenética, en cuyo ámbito se han desarrollado los adelantos más importantes de las últimas décadas. Por ello, la aplicación de su tecnología en lo relativo a la identificación humana, se ha hecho extensiva a todo tipo de controversias jurídicas relacionadas con la filiación, como por ejemplo: en los casos de violación para determinar la posible paternidad del procesado, aun durante la gestación del producto; en los supuestos de cambios de menores verificados en los hospitales; en los juicios de derecho sucesorio mortis causa luego del fallecimiento del ahora decuyus, para determinar el posible vínculo filial de aquellos supuestos descendientes, que argumentan haber nacido a través de cualquier técnica de fecundación asistida. (⁵⁰⁴)

La utilidad de la prueba de compatibilidad inmunogenética en todos esos procedimientos, se debe a su complejidad, porque su práctica aglutina los métodos de laboratorio más modernos y completos para la identificación de personas. En este sentido, cabe destacar que se compone de cuatro partes fundamentales:

⁵⁰⁴ C/jr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 10.

- a).- Determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos (la prueba hematológica clásica);
- b).- Determinación de los antígenos humanos, leucocitarios o antígenos del sistema HLA (el sistema HLA);
- c).- Determinación de las proteínas del suero sanguíneo, es decir, de las proteínas séricas, como por ejemplo: las inmunoglobinas, transferrinas, haptoglobinas, entre otras;
- d).- Determinación de los alelos de las enzimas, también ubicadas en el suero sanguíneo o dentro de las células, como la glioxalasa y la fosfoglucomutasa. (⁵⁰⁵)

Cada una de estas cuatro partes de que se compone la prueba de compatibilidad inmunogenética, es desarrollada en forma separada haciendo especial referencia a la exclusión o inclusión del nexo filial controvertido. En particular, el mayor peso de esta pericia, se encuentra en su segundo apartado relativo a la determinación de los antígenos HLA, porque estos tienen por sí mismos un poder de exclusión de aproximadamente 90% y de inclusión cercano al 100%. (⁵⁰⁶)

La certeza de la prueba de compatibilidad inmunogenética está relacionada con el hecho de que cada marcador genético, es analizado bajo la óptica de alguna de las cuatro partes integrantes de la misma, evitando la duplicidad de errores. (⁵⁰⁷)

En la actualidad, la comunidad científica admite dentro de los medios probatorios más concluyentes para el diagnóstico del vínculo filial de un individuo con cualquiera de sus progenitores, las pruebas de compatibilidad inmunogenética; el sistema HLA, el cual a su vez forma parte de la aquella y la del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico. (⁵⁰⁸)

⁵⁰⁵ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁰⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 17 y 26.

⁵⁰⁷ Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 279.

⁵⁰⁸ Cfr. *Iidem*; Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 14.

Sin embargo, la misma comunidad científica ha destacado que ocasionalmente debe preferirse la prueba de compatibilidad inmunogenética, porque aun cuando raras veces se ha evidenciado, existen ciertas alteraciones o particularidades morfológicas de los cromosomas que no siempre se transmiten verticalmente de progenitores a descendientes, obstaculizando este hecho la conclusión con certeza del vínculo filial controvertido, a través del estudio del ADN. En estos casos, las circunstancias descritas no son relevantes para la prueba de compatibilidad inmunogenética, pues ésta aunque no toma en cuenta el número, la morfología, ni las características cromosómicas del individuo, puede aportar resultados conclusivos respecto de ese vínculo filial controvertido. (⁵⁰⁸)

Por otra parte, cabe destacar que la prueba de compatibilidad inmunogenética, sólo requiere de una simple extracción de sangre equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, es decir, una muestra inocua, indolora, no invasora y atraumática. Esto es, se trata de una nueva prueba hematológica, cuyo objeto es determinar la mayor cantidad posible de marcadores biológicos, para llegar a un diagnóstico de asignación de la filiación con una certeza aproximada del 98 o 99%. (⁵¹⁰)

Su práctica evidentemente se lleva a cabo a través de procedimientos de laboratorio altamente sofisticados, que como ya señale, tienen por objeto determinar la mayor cantidad posible de marcadores biológicos. Una vez logrados éstos, se inicia el proceso de manejo de información para obtener los valores matemáticos, con los cuales se podrá precisar si el individuo queda o no excluido del vínculo biológico analizado. En el caso de deducirse la no exclusión, deberá precisarse también de manera porcentual, el grado de inclusión de dicho vínculo biológico. (⁵¹¹)

⁵⁰⁹ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹⁰ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 86; José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 279; Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, pp. 13 y 45.

⁵¹¹ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 45.

La inclusión del vínculo biológico es precisamente el aspecto más relevante de la prueba de compatibilidad inmunogenética, ya que este resultado como se veía, no puede ser obtenido con certeza absoluta a través de otros medios probatorios ya analizados en el presente capítulo, como son: la prueba hematológica clásica; la de maduración fetal; la antropológica o heredobiológica o el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral, pues todas ellas necesariamente deben complementarse con otros medios probatorios científicos más concluyentes, como son: el sistema HLA, la prueba de compatibilidad inmunogenética, o a la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico.

En particular, la inclusión del vínculo filial analizado en la prueba de compatibilidad inmunogenética, es un fenómeno que dependerá de dos factores, primero, de la no exclusión de una persona como padre o madre biológica del descendiente en cuestión y en segundo lugar, de los valores acumulados en cada grupo de marcadores genéticos estudiados. Así, a partir de esos dos aspectos, será posible determinar la inclusión, pero siempre y cuando el índice de paternidad o maternidad sea del 95% o mayor. (⁵¹²)

En otro orden de ideas, es preciso destacar que aun cuando la aceptación científica de la prueba de compatibilidad inmunogenética, está determinada por su teoría genética y por la aportación de los altos porcentajes de exclusión e inclusión del nexo filial controvertido, su aplicación práctica no deja de presentar los mismos inconvenientes señalados en el caso del sistema HLA, es decir, la ineludible necesidad de recurrir a peritos y laboratorios altamente especializados y en el aspecto económico, su elevada cuantía por el uso de sueros, antisueros y reactivos especiales, difíciles de obtener y normalmente utilizados por duplicado o triplicado.

⁵¹² Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 66.

Por ello, hago extensiva la propuesta de difundir su utilidad en los juicios de filiación, promoviendo al mismo tiempo su práctica en instituciones públicas de salud del país, mediante la adquisición del equipo específico para llevarla a cabo y la capacitación de personal especializado, pues sólo de ello dependerá su accesibilidad a la generalidad de la población por un bajo costo y no sólo a determinadas personas de acuerdo con su poder adquisitivo.

7.- La Prueba del ADN o de la Identificación de Personas a través del Ácido Desoxirribonucleico.

Desde hace varios años las pruebas del ADN han representado el método más revolucionario de identificación de personas, en el ámbito del derecho penal para los casos de homicidios, violaciones y otras acciones delictivas. En la actualidad, su aceptación no se restringe únicamente a ese campo, pues su aplicación también tiene lugar en los juicios de filiación, cuyo objetivo es el esclarecimiento del vínculo biológico controvertido entre progenitores y descendientes. (⁵¹³)

Para poder entender qué es el ácido desoxirribonucleico y por ende la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, es esencial abordar algunas cuestiones biológicas. Por ello, iniciare la exposición de este medio probatorio de la filiación, con una somera explicación del sistema celular humano.

La célula es la más pequeña unidad estructural y funcional de cualquier organismo vivo, pues según el postulado de la teoría celular enunciada por Virchow en 1855, "toda célula procede de otra célula". En el caso del ser humano, todas las células surgen de una inicial denominada cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo de la madre y el espermatozoide del padre. De esta fusión, precisamente se conforma la información genética única de cada individuo, porque el óvulo y el

⁵¹³ Cfr. Peter Tak, "Le test ADN et la procédure pénale en Europe, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, France, Ed. Sirey, N° 4, Trimestrielle, Octobre-Décembre 1993, p. 681.

espermatozoide aportan por mitad al nuevo ser, las informaciones genéticas de cada uno de los progenitores. (⁵¹⁴)

A su vez, la información genética contenida en la primera célula o cigoto, es heredada a cada una de las células que se van desarrollando en el nuevo individuo, conformándose todo el sistema celular del feto con el mismo material genético. En particular esa información genética, se encuentra en el ácido desoxirribonucleico (ADN) de los cromosomas de cada célula del organismo. (⁵¹⁵)

A este respecto, cabe destacar que cada ser humano posee en cada una de sus células nucleadas 46 cromosomas, los cromosomas contienen en su estructura, la sustancia química de alto peso molecular denominada ácido desoxirribonucleico (ADN), en la cual como ya dije se contiene toda la información genética transmitida por los progenitores. De los 46 cromosomas, 44 son llamados autosómicos o somáticos y se encargan de todas las funciones no sexuales del individuo, los cromosomas restantes X e Y son los cromosomas sexuales y diferencian a mujeres (XX) de hombres (XY). (⁵¹⁶)

Asimismo, el conjunto de cromosomas de cada célula (46) se denomina cariotipo, es decir, las características genéticas heredadas de progenitores a descendientes siguiendo las leyes de Mendel, pues dichos cromosomas conforman 23 pares, su ordenamiento en pares se debe al origen paterno y materno de cada par. Hasta este momento, es posible comprender la primera regla de exclusión de la filiación: Todo material genético de un descendiente que no esté representado en uno de los progenitores, deberá estar obligatoriamente presente en el otro. (⁵¹⁷)

⁵¹⁴ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 1 y 4.

⁵¹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁵¹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 14.

⁵¹⁷ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 14; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni. *op. cit.*, pp. 1 y 4.

Por otra parte, la porción de la molécula de ADN del cromosoma que codifica un determinado carácter, como por ejemplo el grupo sanguíneo A o la producción de una determinada proteína, se denomina gen. Cada cromosoma contiene aproximadamente 60,000 genes, ya que existen tantos genes como características genéticas. El conjunto de genes de un individuo se denomina genotipo. A su vez, el genotipo se divide en dos partes llamadas haplotipos, es decir, de dos mitades, una paterna y una materna, pues todo individuo se compone de un haplotipo paterno y otro materno. (⁵¹⁸)

Sin embargo, como la herencia es doble, no siempre el producto directo del gen es visible, por ejemplo, si un grupo de genes paternos codifica el color de los ojos indicando "ojos negros" y un grupo de genes maternos indica "ojos verdes", no es frecuente tener un ojo de cada color, el resultado de la combinación de ambos grupos de genes, puede dar lugar a ojos marrones en el individuo. Por lo tanto, "color negro" y "color verde" son las características del genotipo, pero "ojos marrones" es la expresión visible de la combinación de ambos grupos de genes, es el llamado fenotipo, es decir, la expresión de caracteres aparentes de tipo morfológico, bioquímico o funcional del genotipo, que permiten reconocer a un individuo. (⁵¹⁹)

Los genes se expresan en el fenotipo de tres formas, como genes dominantes, recesivos y codominantes. Estos últimos, son los que especialmente interesan en las pruebas científicas de la filiación, porque son los genes aportados por cada uno de los progenitores y expresados ambos en el fenotipo, es decir, son genes específicos de cada individuo heredados por sus ascendientes. (⁵²⁰)

⁵¹⁸ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 15; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

⁵¹⁹ Cfr. *Idem. Ibidem.* pp. 22 y 220.

⁵²⁰ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 15.

En el caso particular de la prueba del ADN, la materia genética está codificada aproximadamente en tres mil millones de pares básicos de ADN, los cuales son iguales de individuo a individuo, por eso tenemos dos orejas, una nariz, dos ojos, es decir, son las características comunes entre todos los seres humanos. Esos pares básicos que compartimos se denominan monomórficos, el resto del ADN calculado en aproximadamente tres millones de pares básicos, son significativamente distintos de un individuo a otro y se conocen como polimórficos. (521)

Por eso, la prueba del ADN consistirá exclusivamente en el análisis de los fragmentos polimórficos del ADN, a través de complejos procedimientos de laboratorio, en los cuales primero se rompe el núcleo celular para extraer la molécula del ADN, una vez extraída se separa en dos barras paralelas y se corta selectivamente con el uso de unas sustancias conocidas como enzimas de restricción. Los fragmentos así obtenidos, se colocan en una base gelatinosa a la que se aplican corrientes eléctricas, después se les transfiere a una membrana de nilón o nitrocelulosa para el procedimiento de hibridación. (522)

Enseguida, la membrana de nilón se coloca contra una película de rayos X para la toma de la radiografía respectiva, a la cual se le conoce con el nombre de autoradiografía, en ella deben aparecer mediante bandas negras el patrón de los marcadores polimórficos del ADN analizados. Este procedimiento, debe realizarse a cada uno de los progenitores y al descendiente, a efecto de comparar las distintas autoradiografías. (523)

⁵²¹ Cfr. Carolyn Costas Lugo, "Las Pruebas del ADN y su Justo Valor Probatorio", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Puerto Rico. Publicación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Vol. 37, N° 2 y 3, Mayo-Diciembre de 1998, p. 382; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 44; José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 282.

⁵²² Cfr. Carolyn Costas Lugo, *op. cit.*, p. 384; José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 286.

⁵²³ Cfr. *Idem*, *Ibidem*, p. 287

Como cada una de las autoradiografías contiene el análisis de los fragmentos polimórficos del ADN, de cada una de las personas a quienes se les practicó la prueba, dichas autoradiografías constituyen la huella personal de esos individuos y por eso la comparación de las mismas, tiene por objeto determinar los emparejamientos de las bandas negras en ellas contenidas, de acuerdo con las leyes mendelianas de la herencia, partiendo de que todo marcador genético presente en el hijo o hija, si no proviene de la madre obligatoriamente debe provenir del padre. (⁵²⁴)

Normalmente, primero se compara la autoradiografía del descendiente con la madre, para determinar las bandas comunes entre ellos, las cuales se denominarán bandas maternas, las restantes serán bandas paternas y deberán compararse con la autoradiografía del padre. Si de la comparación resulta el emparejamiento entre ellas, no se reputará automáticamente la paternidad, pues deberá calcularse la frecuencia de ese emparejamiento, utilizando para ello tablas preestablecidas, mediante las que se precisará el porcentaje de correlación de los alelos entre el progenitor y el descendiente. (⁵²⁵)

El emparejamiento de cada alelo provee una evidencia estadística independiente, por eso deberán calcularse la cantidad y frecuencia de los alelos emparejados, pues mientras más correlación de estos exista entre el descendiente y el progenitor, cuyo vínculo filial con aquél sea controvertido, mayor es la probabilidad de dicho vínculo filiatorio. (⁵²⁶)

La contundencia de los resultados de la tecnología del ADN, estriba en dos cuestiones fundamentales. La primera, es la forma como la misma hace posible individualizar a los seres humanos con gran precisión, basándose en la identificación de la cadena compuesta por cuatro pares de bloques químicos, como son: la adenina, timina, citosina y guanina, cuya unión da lugar a largas

⁵²⁴ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 74; Carolyn Costas Lugo, *op. cit.*, p. 385.

⁵²⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 69, 75 y 83; *Ibidem*. pp. 385 y 386.

⁵²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 91; *Ibidem*, p. 391.

secuencias con combinaciones y localizaciones variables para cada persona, permitiendo con ello determinar la huella dactilar química denominada comúnmente *genetic fingerprint*. (⁵²⁷)

La segunda, es la manera como se determina la inclusión del vínculo filial controvertido, porque éste se diagnostica a través de la comparación de las autoradiografías de los ascendientes y descendientes, según las leyes mendelianas de la herencia, permitiendo dicho diagnóstico la obtención de dos resultados: cuando del examen genético se deduce una probabilidad de paternidad de 95 a 97.9%, el nexo filial analizado no será considerado contundente, mientras si la probabilidad de paternidad es del 98% en adelante, se considerará irrefutable. (⁵²⁸)

Sin embargo, su valor médico legal está condicionado a varios aspectos, como son: la selección y conservación de las muestras; la implementación metodológica del estudio de los poliformismos y la interpretación de los resultados. (⁵²⁹)

La selección y conservación de las muestras, es una de las cuestiones más relevantes y ventajosas de esta prueba en el ámbito de la medicina legal, pues como la molécula del ADN es muy estable, permite rastrear sus polimorfismos en casi cualquier tipo de muestra biológica, en la que se contenga material genético medianamente conservado, porque comúnmente las muestras sobre las cuales se debe investigar en esta disciplina, son de muy diversa procedencia y no siempre suelen ser las de mejor calidad, sino las posibles e incluso las únicas. (⁵³⁰)

⁵²⁷ Cfr. Mario Alva Rodríguez, "El ADN (Ácido Desoxirribonucleico) su Caracterización y Utilidad en la Investigación Criminalística y Médico Forense", *Criminalia*, México, Ed. Porrúa, Publicación Anual, Año LVII, N° 1-12, Enero-Diciembre de 1991, p. 118; José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 280; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 88.

⁵²⁸ Cfr. Carolyn Costas Lugo, *op. cit.*, p. 389.

⁵²⁹ Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 282.

⁵³⁰ Cfr. *Idem*.

Así, las muestras para practicar la prueba del ADN pueden provenir de material cadavérico, extracción de sangre, orina, hisopados de cavidades vaginal, rectal o bucal, manchas orgánicas de sangre o semen en prendas, telas, tapizados, papeles u otras superficies. En el caso particular de los juicios de filiación, normalmente las muestras aportadas al perito suelen ser la sangre o los hisopados bucales. (⁵³¹)

Cuando la muestra aportada es sangre, es preciso la punción venosa de aproximadamente 10 ml de líquido sanguíneo, a cada una de las personas a quienes se debe practicar la prueba, es decir, a ambos progenitores y al descendiente, aunque si éste es menor esa cantidad puede ser reducida. Además, la sangre extraída necesariamente debe ser anticoagulada con un anticoagulante especial denominado EDTA, el cual deberá suministrarse a la muestra en un 5%. (⁵³²)

En cuanto a los hisopados bucales, estos constituyen hoy en día la muestra más frecuente y aceptada para la práctica de la prueba del ADN en los juicios de filiación. Su objetivo, es la obtención de miles de células de la mucosa bucal, en cuyo contenido se encuentra la cantidad necesaria de ADN, para la determinación de un vínculo filiatorio controvertido o la identificación de un individuo, con el mismo grado de certeza que el de la sangre. (⁵³³)

La recolección de la muestra de la mucosa bucal, consiste en la extracción de la mayor cantidad posible de exudado de la cavidad bucal, a través de simples hisopos de algodón. Una vez tomada la muestra, es preferible dejar secar al aire los hisopos, antes de introducirlos en el tubo de ensayo correspondiente, previniendo con ello su degradación, pues su preservación es un punto crucial para la práctica de la prueba. (⁵³⁴)

⁵³¹ Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, pp. 282 y 283; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 26 y 207.

⁵³² Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 283.

⁵³³ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 207.

⁵³⁴ Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 283; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

La especial aceptación de las muestras de los hisopados bucales en los juicios de filiación, se debe a que su recolección es fácil y simple, pues sólo toma unos minutos la obtención del exudado bucal requerido, a través de un suave raspado de la parte interna de la mejilla, debiendo utilizarse en ese procedimiento un total de cuatro a ocho hisopos por persona. Además, no se trata de un método invasivo, porque no es necesario la punción de la piel con agujas, evitando traumatismos e infecciones particularmente en los recién nacidos. (⁵³⁵)

Pero como ya había señalado, además de esta selección y conservación de las muestras, el valor médico legal de la prueba del ADN está condicionado también a otros dos aspectos: la implementación metodológica del estudio de los poliformismos y la interpretación de los resultados obtenidos a través de su práctica.

Evidentemente ambos aspectos, están íntimamente relacionados con la especialización de los laboratorios y la idoneidad de los profesionales que la llevan a cabo. Por eso, es necesaria la evaluación judicial de ambas cuestiones, mediante el mismo dictamen pericial y la debida actualización de los jueces en esta materia de las pruebas científicas de la filiación.

Finalmente, para terminar con la exposición relativa a la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, sólo me resta decir que dicho medio probatorio constituye hoy en día, uno de los más seguros y relativamente sencillos para la determinación científica de la filiación, porque partiendo de la comparación del ADN de las células del descendiente y de los presuntos ascendientes, puede saberse con absoluta seguridad, si existe o no la relación consanguínea de parentesco, pues la posibilidad de que dos seres humanos tengan la misma huella dactilar del ADN es de 1 en 3 billones. (⁵³⁶)

⁵³⁵ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.* p. 207.

⁵³⁶ Cfr. Alfonso Quiroz Cuaron, *Medicina Forense*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996, p. 656.

En otro orden de ideas y una vez analizadas, las distintas pruebas periciales a través de las cuales puede probarse científicamente el vínculo filial, es importante reflexionar sobre varios aspectos:

El primero, es con relación a la limitación de su empleo, porque como ya quedó establecido, no todas aportan resultados concluyentes respecto del nexo filial controvertido, así por ejemplo: la prueba hematológica clásica; la de maduración fetal; la antropológica o heredobiológica o el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral, tienen una eficacia médica y jurídica relativa, porque en la mayor parte de los casos, sólo proporcionan resultados aproximados y particularmente de exclusión de paternidad, haciendo necesario reforzar el índice de inclusión de dicho nexo filial, con la práctica de otros medios probatorios científicos, a través de los cuales sea posible determinarlo con un mínimo de error.

A este respecto, la comunidad científica admite dentro de los medios probatorios más concluyentes para el diagnóstico del vínculo filial de un individuo con cualquiera de sus progenitores, las pruebas de compatibilidad inmunogenética; el sistema HLA; el cual a su vez forma parte de la aquella y la del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico. Por tal motivo, si durante el proceso, los litigantes se empeñan en la práctica de la prueba hematológica clásica; la de maduración fetal; la antropológica o heredobiológica o el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral, necesariamente deberán complementar sus resultados con alguna de las anteriores.

Otras limitaciones para el empleo de las pruebas científicas de la filiación, son los problemas que implica el someterlas a la práctica, como por ejemplo: la existencia de laboratorios especializados, de material específico –sueros, reactivos y de personal capacitado.

Los laboratorios especializados deben tener la capacidad técnica y la experiencia para la práctica de cualquiera de las pruebas biológicas de la filiación, así como para implementar los controles adecuados de los métodos y materiales utilizados en cada caso y la plena identificación de las muestras, evitando su mezcla o pérdida. Para ello, lo recomendable es que cuenten con sistemas de computación de registro y ordenamiento de datos, mediante los cuales puedan proporcionar evidencias certificadas de la calidad de los materiales, el seguimiento de los procedimientos empleados y la cadena de custodia de las muestras obtenidas. ⁽⁵³⁷⁾

En el control específico de los materiales, debe cuidarse su calidad y procedencia, evitando reactivos inadecuados o sueros de baja especificidad que sólo puedan aportar resultados erróneos e igualmente, la verificación de los métodos utilizados para la práctica de las pruebas biológicas, es una de las cuestiones más preocupantes, porque la falta de experiencia o el mal uso de las técnicas puede traer como consecuencia la mezcla de las muestras, accidentes en el procesamiento de las mismas por un mal control de tiempo, de temperatura o voltajes inadecuados o bien, la errónea interpretación de los datos obtenidos. ⁽⁵³⁸⁾

Todo esto evidentemente, está relacionado con el personal capacitado para llevar a cabo la práctica de estas probanzas, por tal motivo considero la necesidad de precisar todos los requisitos para ser perito en esta materia, porque no basta señalar únicamente su adecuada formación técnica. Al respecto, sugiero se les exija: contar con título de licenciatura en química, biología o medicina, con especialidad en medicina molecular y con una certificación de su experiencia, la cual puede ser emitida por la institución donde hubieren prestado sus servicios o donde se encuentren prestándolos. Destacando en dicha certificación, su particular pericia en la técnica o método de la prueba científica de la filiación de que se trató.

⁵³⁷ Cfr. Carolyn Costas Lugo, *op. cit.*, p. 393; Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 117.

⁵³⁸ Cfr. Luis Verruno y Haas Emilio, *op. cit.*, p. 67.

Es más, con el objeto de evitar la relatividad del valor probatorio de las pruebas científicas de la filiación, por la condición de los laboratorios especializados, la calidad del material utilizado en las mismas, así como por el personal capacitado para llevarlas a cabo, sería importante que los estudios fueran realizados por dos laboratorios distintos, sobre idénticas muestras, sin conocer cada uno los resultados obtenidos por el otro. (⁵³⁹)

Además de los aspectos anteriores, es muy importante en la práctica de las pruebas científicas de la filiación, su difusión a la sociedad en general y en particular a los jueces, porque debido a su lógica formación humanística, carecen de la información y experiencia necesarias para la calificación o aceptación de este tipo de medios probatorios, manteniéndose en muchas ocasiones escépticos y renuentes a los mismos. Por eso, es necesario la impartición de cursos de actualización judicial a juzgadores particularmente del ramo familiar por profesionales en la materia, a efecto de que puedan valorar tales probanzas e incluso, exigir al perito la precisión de algunos datos, o bien, un informe pericial más completo.

Con esto, no pretendo que los jueces sean peritos en cuestiones ajenas al Derecho, sino simplemente su capacitación para la adecuada valoración de estos medios probatorios, pues aun cuando el deber del perito como auxiliar de la administración de justicia, es proporcionar al juzgador los conocimientos técnicos especiales, el juez debe por lo menos tener la información elemental, en cuanto a la existencia de los distintos métodos científicos para probar la filiación, la noción de los sistemas genéticos y procedimientos técnicos requeridos para cada uno de ellos, la aportación científica real de cada uno con relación a la exclusión e inclusión del nexo filial controvertido, los requisitos necesarios de los laboratorios y los peritos para llevarlos a cabo, ya que, de todo ello depende la adecuada valoración de este tipo de pericias.

⁵³⁹ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 188.

Asimismo, dentro de este aspecto de su difusión, es indispensable promover su práctica en instituciones públicas de salud del país, mediante la adquisición del equipo específico para llevarlas a cabo y la capacitación del personal especializado, pues sólo de ello dependerá su accesibilidad a la generalidad de la población por un bajo costo.

Es muy importante destacar esa accesibilidad de la generalidad de la población a las pruebas científicas de la filiación por su costo, porque hoy en día esta es una de las cuestiones más trascendentes en este tipo de juicios, debiendo recordar al respecto lo expuesto en el apartado relativo al trabajo de campo realizado en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el cual obra en el capítulo segundo de la presente investigación.

Para recordar lo expuesto en ese apartado, diré que aun cuando la reforma realizada a la Ley sustantiva civil del Distrito Federal en el año 2000, ha permitido el incremento de los juicios de filiación, en virtud, de la admisión expresa de los medios de prueba biológicos o provenientes del avance de los conocimientos científicos, no en todos los juicios se ha podido acreditar hasta el momento el nexo filial controvertido, porque en su mayoría la parte actora en los mismos ha dejado de promover, caducando con ello dichos juicios por falta de inactividad procesal, particularmente en el período probatorio, ante la imposibilidad de solventar el costo tan elevado de la prueba científica de la filiación.

Al respecto cabe señalar que en la actualidad, la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el Hospital La Raza, practican las pruebas del ADN y del HLA sin ningún costo, cuando las mismas son solicitadas mediante orden judicial o de ministerio público. Sin embargo, esto no ocurre en la generalidad de las entidades federativas del país, por eso enfatizo en la extensión de su práctica por otras instituciones públicas.

j).- Comentarios Relativos a la Resolución Emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, Respecto de la Contradicción de Tesis 81/2002 PS, Suscitada entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Vigésimo tercer Circuito.

El procedimiento de contradicción de tesis a que hago alusión en este apartado, se inicia con el oficio de denuncia de fecha veinticinco de junio del año dos mil dos, dirigido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por los Magistrados integrantes del Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo tercer Circuito con residencia en la ciudad de Aguascalientes, Aguascalientes, respecto de la posible contradicción de criterios, entre el sustentado por dicho órgano colegiado al resolver el amparo en revisión 451/2001 y el sostenido por el Segundo Tribunal Colegiado del mismo circuito, al resolver el amparo en revisión 183/2001.

Al tratarse el caso señalado de una denuncia de contradicción de tesis suscitada entre criterios de Tribunales Colegiados de Circuito y ubicarse dentro de la materia civil, correspondió a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolver sobre la misma con fundamento en el artículo 107 fracción XIII de la Constitución Política Federal, el cual dispone a la letra:

“Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador General de la República, los mencionados Tribunales o las partes que intervienen en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia.”

Con la finalidad de precisar la materia sobre la que se centro la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, a efecto de determinar cual de los criterios contradictorios debía prevalecer como jurisprudencia, referiré los argumentos jurídicos de las resoluciones de ambos Tribunales Colegiados en los amparos en revisión que dieron lugar a la presente controversia constitucional.

El Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo tercer Circuito al resolver el amparo en revisión 451/2001, emitió la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, con el rubro y contenidos siguientes:

“PRUEBA PERICIAL EN GÉNÉTICA. ES DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SU ADMISIÓN, AL SER SUSCEPTIBLE DE AFECTAR UN DERECHO SUSTANTIVO Y PUEDE IMPUGNARSE MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. EL desahogo de la prueba pericial en genética requiere la toma de muestras de material orgánico de la persona, en cuya obtención puede atentarse contra su constitución corporal. Por ende, se trata de una probanza que, aunque indudablemente su admisión involucra de un modo directo la afectación de derechos adjetivos, sus efectos legales y materiales también pueden afectar derechos sustantivos, como en el caso sería la integridad del quejoso. Lo anterior pone de manifiesto que las consecuencias de la posible violación que la aceptación de la prueba puede producir, no se extinguirán en la realidad sin haber originado afectación alguna a los derechos fundamentales del gobernado, y sin dejar huella en su esfera jurídica; por el contrario, es de los que tienen una ejecución de imposible reparación, toda vez que su resultado puede afectar directamente alguno de los citados derechos, constitucionalmente tutelados por medio de las garantías individuales, debido a que su desahogo en la persona del quejoso, al haberse ordenado la obtención de muestras de sangre de éste, su afectación y efectos no se destruirán con el sólo hecho de que quien la sufrió obtenga una sentencia favorable a sus pretensiones en el juicio, por lo que la legalidad de la forma en que se admitió la prueba, al ser susceptible de afectar un derecho sustantivo, constituye una excepción a la regla general de que las violaciones procesales son impugnables, ordinariamente, en amparo directo, cuando se reclame la sentencia definitiva y por tanto, es impugnable mediante el juicio de amparo indirecto, conforme a lo dispuesto por los artículos 107 fracción III de la Constitución General de República y 114 fracción IV de la Ley de Amparo.”

Amparo en revisión (improcedencia) 451/2001. Rubén Cardona Rivera. 17 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretaria: Mónica Berenice Quiñones Méndez.

Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo tercer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, julio de 2002. Tesis XXIII.3º.2C, página 1370.

Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo tercer Circuito al resolver el amparo en revisión 183/2001, sostuvo lo siguiente:

"SEXTO.- Estudio de los conceptos de agravio. Es fundado y suficiente para revocar la sentencia recurrida, el concepto de agravio expresado en el sentido de que el Juez de Distrito no procedió conforme a derecho al desestimar la causal de improcedencia del juicio de amparo que invocó en su carácter de tercero perjudicado, con el argumento de que al admitirse y desahogarse la prueba pericial de ADN, se afectaría la integridad personal del demandado, ocasionándole daños que no podrían ser reparados ni en el caso de que la sentencia fuera favorable al propio demandado.--- La recurrente aduce que, contrariamente a lo considerado por el juez federal, en el caso no se actualiza la hipótesis de la fracción IV del artículo 114, en relación con la fracción III del artículo 159, ambos de la Ley de Amparo, toda vez que los actos reclamados no afectan derechos sustantivos del quejoso, ya que la admisión y el pretendido desahogo de la prueba pericial del ADN (identificación de la huella genética) no trae como consecuencias la afectación de sus garantías individuales, puesto que su integridad personal no está contemplada dentro de éstas, amén de que la prueba que se pretende desahogar únicamente implicaría la toma de muestras de sangre, saliva o cabello del quejoso, y que en los dos últimos casos no se le causaría físicamente molestia alguna en su persona. Agrega que el juez federal no expresa porqué se trata de actos de imposible reparación.--- Ahora bien, del análisis de la resolución recurrida se advierte que el juez de amparo no expresó los motivos por los que se considera que la admisión y desahogo de la prueba pericial en cuestión causen un perjuicio de imposible reparación al quejoso, ya que se limitó a señalar que los actos reclamados afectarían la integridad personal del mismo. En consecuencia, le asiste la razón a la inconforme cuando señala que la admisión y el desahogo de la prueba en cita no causan al quejoso perjuicios de imposible reparación, actualizándose en el caso la causa de improcedencia a que alude el artículo 73 fracción XVIII, en relación con el 114 fracción IV, interpretado a contrario sensu, ambos de la Ley de Amparo.--- El artículo 114 fracción IV del ordenamiento en cita, dispone: 'El amparo se pedirá ante el Juez de Distrito: ...IV.- Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación'.--- Este precepto, interpretado a contrario sensu, implica que el amparo no podrá pedirse ante el Juez de Distrito contra actos en el juicio que no tengan sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación.--- Ahora bien, aun cuando es cierto que en el presente caso los actos reclamados son actos dictados dentro del juicio, ya que se hicieron consistir en el acuerdo de fecha nueve de marzo del año dos mil uno, dictado en el juicio único civil número 1899/2000, sobre el reconocimiento de paternidad, así como el acuerdo de citación para el desahogo de la prueba, fechado el diecinueve del mismo mes y en dichos proveídos se resolvió el recurso de revocación interpuesto por la actora en contra del auto de dieciséis de febrero del mismo año, en el que se le desechó la prueba pericial de identificación de huella genética, ordenándose su admisión y desahogo.--- Sin embargo, los actos reclamados no ocasionan al quejoso daños de imposible reparación, toda vez que no afectan sus derechos sustantivos, sino que se trata solamente de supuestas violaciones procesales, las cuales pueden ser subsanadas al momento de dictarse la sentencia definitiva, o pueden hacerse valer en el juicio de amparo directo que en su caso promueva en contra de la sentencia definitiva, a manera de violaciones

procesales, en términos del artículo 158, en relación con el 159 fracción III, ambos de la Ley de Amparo.--- Se dice que los actos reclamados no violan derechos sustantivos del quejoso, porque se trata sólo de la admisión y el desahogo de una prueba en el juicio, y si los actos de imposible reparación se hacen consistir en las posibles molestias físicas que sufriría el demandado, ahora quejoso, en su cuerpo, no está demostrado en autos cuáles son los daños que no pudieran repararse, y por lo mismo, no pueden considerarse como tales las molestias ocasionadas, por ejemplo, la toma de muestras de sangre, que son reparables de manera natural.--- En las condiciones apuntadas, toda vez que los actos reclamados fueron emitidos dentro del juicio de origen y no está demostrado que puedan ocasionar al quejoso perjuicios de imposible reparación, se actualiza la causa de improcedencia prevista por el artículo 73 fracción XVIII, en relación con el 114 fracción IV, interpretado a contrario sensu, ambos de la Ley de Amparo, lo que conlleva a revocar la resolución recurrida y sobreseer el juicio de amparo, atento a lo dispuesto por el artículo 74 fracción III de la legislación en cita.--- Resulta innecesario el estudio de los restantes conceptos de agravio formulados por el inconforme, de conformidad con lo previsto por la jurisprudencia número 575, publicada en la página 383, tomo VI, materia común, del apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, que a letra dice: 'AGRAVIOS EN LA REVISIÓN. CUANDO SU ESTUDIO ES INNECESARIO' (transcribe)" (fojas 53 vuelta a 55 del toca).

Una vez expuestos los argumentos de cada uno los Tribunales Colegiados del Vigésimo tercer Circuito, con residencia en la ciudad de Aguascalientes, Aguascalientes, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, previo al estudio de fondo del asunto, tuvo que determinar en primer lugar la existencia o no de la contradicción de tesis, por lo cual debió verificar la actualización de los siguientes elementos:

- 1.- Que ambos Tribunales Colegiados al resolver los planteamientos jurídicos, examinarán cuestiones jurídicas esencialmente iguales y adoptarán posiciones o criterios jurídicos discrepantes.
- 2.- Que la diferencia de criterios de los Tribunales Colegiados, se presentara en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias.
- 3.- Que los distintos criterios adoptados por los Tribunales Colegiados, fueran el resultado del examen de los mismos elementos.

Después de haber analizado estos elementos en el caso concreto que me ocupa, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, concluyó lo siguiente:

A.- Los Tribunales Colegiados en sus tesis en contradicción examinaron cuestiones esencialmente iguales y adoptaron posiciones jurídicas discrepantes, porque mientras el Segundo Tribunal Colegiado, sostiene que la admisión de la prueba pericial para la identificación de la huella genética (ADN), no causa al quejoso perjuicios de imposible reparación, ni afecta sus garantías individuales o derechos fundamentales, el Tercer Tribunal Colegiado sostuvo que la prueba pericial en genética, sí es susceptible de afectar los derechos fundamentales del quejoso, pues para el desahogo de dicha prueba se requiere tomar muestras de material orgánico, lo cual se traduce en una afectación irreparable a su integridad física.

B.- Se permite advertir que la diferencia de criterios entre los Tribunales Colegiados, se presenta en las consideraciones y razonamientos contenidos en cada una de las sentencias dictadas, precisamente en cuanto a la naturaleza jurídica de la prueba pericial en genética, la cual implica la toma de muestras de material orgánico (esencialmente sangre), con el propósito de su análisis para determinar situaciones controvertidas, relacionadas con la paternidad en las acciones de reconocimiento de los descendientes.

C.- De las referidas sentencias dictadas se desprende también que los criterios en contradicción provienen del examen de los mismos elementos, como son: a).- El auto en el cual se admite la prueba pericial en materia genética; b).- La determinación en cuanto a que su desahogo cause al quejoso perjuicios de imposible reparación, lesione derechos fundamentales y en esa medida resulte procedente el juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto en el artículo 114 fracción IV de la Ley de Amparo.

De este modo, al corroborar la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la existencia de contracción de criterios entre las tesis sustentadas por el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados del Vigésimo tercer Circuito, al resolver los amparos en revisión 183/2001 y 451/2001, procedió a determinar el criterio que debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia, al siguiente tenor:

“PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído deberá ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107 fracción III, inciso b) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114 fracción IV de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar y no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano.”

Tal como ya lo referí, la jurisprudencia transcrita con anterioridad, fue emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolviendo por unanimidad de cinco votos de los Ministros: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y su Presidente Juan N. Silva Meza (ponente), en el expediente de contradicción de tesis número 81/2002-PS, suscitado entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados ambos del Vigésimotercer Circuito.

De su contenido puede desprenderse que la admisión y desahogo de la prueba pericial, es un acto de imposible reparación, susceptible de afectar derechos sustantivos del gobernado, siendo posible su reclamación en amparo indirecto. Por ello, es indispensable destacar los argumentos jurídicos emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en la resolución de la contradicción de tesis número 81/2002-PS, pues en ellos tiene sustento la emisión del criterio jurisprudencial transcrito.

En principio, la Suprema Corte de Justicia sostuvo que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 107 fracción III, inciso b) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114 fracción IV de la Ley de Amparo, es procedente el juicio de amparo indirecto contra todos aquellos actos del juicio, cuya ejecución sea de imposible reparación.

Asimismo, ese alto tribunal precisó que en casos excepcionales como lo es éste, los actos de naturaleza eminentemente procesal pueden ser combatidos en amparo indirecto, cuando se afectan de manera directa e inmediata derechos sustantivos o garantías individuales del gobernado, porque los efectos de tales actos procesales, no se destruyen con el solo hecho de que quien sufre la afectación obtenga sentencia favorable.

Particularmente, en el caso en estudio, la Suprema Corte de Justicia consideró que el auto a través del cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética, ocasiona perjuicios de imposible reparación, al afectarse derechos fundamentales del individuo como son: su libertad, integridad corporal y derecho a la intimidad, resultando procedente por tanto el amparo indirecto.

Para llegar a éste criterio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señala en su resolución, lo siguiente:

“En otro orden de ideas y sobre las bases expuestas, debe efectuarse un análisis jurídico para dilucidar la contradicción de criterios y determinar si el auto dictado por un juez de primera instancia, que admite la prueba pericial genética y ordena su desahogo, ocasiona perjuicios de imposible reparación, en la medida en que pueden verse afectados los derechos fundamentales del individuo y que por ello resulte procedente el amparo indirecto.

Debe ponerse de manifiesto que el desahogo de la prueba pericial referida, implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio, de donde habrán de tomarse los elementos necesarios para contestar el cuestionario conforme al cual deben ser rendidos los dictámenes periciales correspondientes.

Lo anterior se traduce, necesariamente, en la toma de muestras, por lo general de sangre, aunque también podría ser de tejidos orgánicos, susceptibles de ser analizados desde el punto de vista bioquímico, con objeto de determinar la correspondencia de ADN (ácido desoxirribonucleico), a fin de establecer, mediante ese procedimiento científico, los caracteres hereditarios, que a su vez permitirán determinar si existe o no un vínculo de parentesco por consanguinidad, y así poder dilucidar las acciones de reconocimiento de paternidad que se ventilen en los juicios ordinarios de origen.

Cabe señalar que en los asuntos, resueltos por los Tribunales Colegiados que contienden, las cuestiones que se ventilaron eran relacionadas, en ambos casos, con acciones de reconocimiento de hijos.

A este respecto, resulta pertinente hacer algunas precisiones en torno a las características, naturaleza y alcances de la prueba química utilizada para determinar la huella genética de un individuo.

La manera más común de efectuar y desahogar una prueba pericial genética, que permita determinar la correspondencia de ADN, es a partir de la toma de una muestra de sangre. Este método es probablemente el que proporciona mayor certeza o seguridad en cuanto a lo que se pretende definir; es decir: la huella genética, que es exclusiva de cada individuo.

Dicha prueba puede llevarse a cabo a partir de tejidos orgánicos como la raíz del pelo, los leucocitos de la sangre, los espermatozoides, la piel, el líquido amniótico o cualquier célula humana y permite encontrar, en su núcleo, el patrón genético que caracteriza a cada individuo, de tal manera que la probabilidad de que haya dos huellas iguales es absolutamente remota.

La investigación que sustenta a este estudio, permite señalar que la forma más común de efectuar dicho análisis es a partir de la toma de muestras de sangre, porque el ADN se halla en los glóbulos blancos, aunque también puede encontrarse en las células que se pueden tomar de cualquier tejido orgánico, con la consiguiente desventaja que implica el aumento de la dificultad para llevar a cabo un exitoso análisis químico.

Debe ponerse de manifiesto que, establecer la correspondencia del ADN es absolutamente definitorio para la determinación de la paternidad, toda vez que en cualquier persona, la mitad del genoma procede del padre y la otra mitad de la madre; Por lo tanto, bastará comparar las características en la huella genética del hijo, de la madre y del presunto padre, para encontrar si existe o no coincidencia ostensible en las huellas genéticas sujetas a verificación y análisis, prácticamente con una nula posibilidad de error.

No pasa inadvertido para esta Primera Sala que, en torno a la prueba química para determinar la huella genética, se presentan algunos problemas bioéticos, legales y sociales, dado que la conveniencia e idoneidad de este tipo de exámenes no está totalmente admitida, porque con frecuencia ocurre que la normatividad jurídica, en

ocasiones queda a la zaga, en relación con las nuevas técnicas de investigación, lo cual llega a generar problemas de tipo médico legal, ya que la práctica de dichos exámenes podría traducirse en violaciones de garantías individuales o derechos fundamentales del gobernado, por lo que, de ser obtenida dicha prueba en forma irregular, no serviría como un fehaciente medio de convicción ante un juzgado o tribunal.

Debe ponerse de manifiesto que, por medio de la prueba química para determinar la huella genética, no solamente es posible poner al descubierto las características idóneas para dilucidar problemas de reconocimiento de hijos, en acciones promovidas no sólo por mujeres que buscan sostenimiento económico, sino también de hombres que intentan obtener la custodia o los derechos de paternidad, o bien que buscan demostrar que están siendo falsamente acusados de ser padres biológicos del menor. No es difícil imaginar la posibilidad real de que dicha prueba también pueda poner en evidencia otras características o condiciones genéticas, relacionadas con aspectos patológicos hereditarios o algunas tendencias o proclividad a determinadas conductas, que pertenecen a la más absoluta intimidad del ser humano.

Por lo tanto, permitir o no que se practiquen en su persona, sin ninguna restricción, la prueba pericial genética, podría traducirse en una invasión a la intimidad del ser humano, una intromisión a su individualidad, poniendo al descubierto aspectos o características genéticas que no tengan nada que ver con la litis sobre los derechos de paternidad que en su caso se ventilen, pero que puedan quedar de manifiesto, a través de los dictámenes periciales, que en su momento se rindan, y obrar en autos en donde todo aquél que tenga acceso al expediente podrá imponerse de su contenido, con lo cual se vería burlado el derecho a la intimidad y, en alguna medida, el derecho a la libertad y a la integridad física.

En este orden de ideas, esta Primera Sala considera que el hecho de admitir y ordenar el desahogo de la prueba pericial en genética, con las implicaciones que conlleva, dada la especial naturaleza de la prueba, produce una afectación que aunque en principio pudiera parecer de naturaleza simplemente procesal, lo cierto es que, dada su trascendencia, en tanto que para su desahogo es preciso o necesario disponer de una porción de tejido celular, y obliga al individuo a presentarse en un lugar y hora determinados, para la toma de muestras y la práctica de exámenes de laboratorio, entonces la afectación deviene en un acto cuya ejecución es de imposible reparación, toda vez que aunque el afectado obtuviera una sentencia favorable, ya no podría ser resarcido del tejido celular (sangre, etcétera) que hubiese sido requerido para realizar el análisis tendiente al desahogo de la referida probanza, con independencia de que la sangre extraída pueda ser regenerada por el propio cuerpo, o que la toma de muestras de otro tipo de tejido celular sólo se traduzca en una molestia para el individuo, pues lo que resulta jurídicamente trascendente es que el derecho a la intimidad, a la libertad y a la integridad física, en caso de ser vulnerados, no podrían ser resarcidos con el sólo hecho de obtener una sentencia favorable.

Tampoco podría desaparecer la intromisión a su intimidad genética y el hecho de haber puesto al descubierto otro tipo de características celulares, hormonales, propensiones, etcétera, que nada tengan que ver con la controversia que se ventila, y que por ello tendría que hacerse una valoración para determinar los alcances y restricciones que debieran imponerse en el desahogo de dicha prueba.

Consecuentemente, debe concluirse que cuando en un juicio del orden civil o familiar se admita y ordene el desahogo de una prueba pericial en genética, tendiente a determinar la correspondencia de ADN entre los implicados, que permita

establecer las características o elementos hereditarios, para poner de manifiesto la existencia o no de un vínculo o parentesco por consanguinidad, dicho auto o proveído debe ser considerado como un acto que necesariamente tendrá una ejecución de imposible reparación, toda vez que, dada la especial naturaleza de la prueba, para desahogarla es preciso disponer de tejido celular, lo que implica la toma de muestras de sangre, sin contar con el hecho de que la persona quedaría obligada a presentarse en los días y horas que al efecto se determinen para la práctica de los estudios químicos o exámenes de laboratorio, lo cual puede implicar una afectación tanto a su libertad personal como a su integridad física, ya que la orden de realización forzosa de esa prueba pericial se traduce en la imposición de una conducta que podría violentar la intimidad de la persona, sus creencias o idiosincrasia del afectado, además de que, de alguna manera, en alguna medida reportaría una lesión corporal (por leve que pudiera ser), al obtener la muestra de sangre o cualquier otro tipo de tejido celular, que no puede ser devuelto al afectado con solo dictado de una sentencia favorable, de ahí la pertinencia de que ese proveído deba ser sujeto, de inmediato, a un estudio de su constitucionalidad.”

La anterior transcripción de los argumentos jurídicos, en los cuales se basó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, para emitir la jurisprudencia **PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA**, resulta indispensable en éste apartado, porque el objetivo es emitir una opinión al respecto.

1.- En principio, debe destacarse que de los argumentos vertidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, se desprende una importante contradicción, porque primero señala:

“...la correspondencia del ADN es absolutamente definitorio para la determinación de la paternidad...” y con posterioridad añade “No pasa inadvertido para esta Primera Sala que, en torno a la prueba química para determinar la huella genética, se presentan algunos problemas bioéticos, legales y sociales, dado que la conveniencia e idoneidad de este tipo de exámenes no está totalmente admitida, porque con frecuencia ocurre que la normatividad jurídica, en ocasiones queda a la zaga, en relación con las nuevas técnicas de investigación, lo cual llega a generar problemas de tipo médico legal...”

La contradicción referida estriba en que primero se admite a la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, como un medio probatorio concluyente para el diagnóstico del vínculo filial de un individuo con su padre (aunque evidentemente puede ser con cualquiera de sus

progenitores) y después se desestima su valor probatorio, aduciendo que la conveniencia e idoneidad de éste tipo de exámenes no está totalmente admitida, lo cual es un error, porque hoy en día la misma comunidad científica a nivel internacional ha aceptado dicho medio probatorio, como uno de los más seguros y conclusivos para la determinación científica de la filiación.

La idoneidad de la prueba de identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, se debe a que a través de la comparación del ADN de las células del descendiente y de los presuntos ascendientes, puede saberse con absoluta seguridad, si existe o no la relación consanguínea de parentesco, pues la posibilidad de que dos seres humanos tengan la misma huella genética del ADN es de 1 en 3 billones.

Además, con relación a lo señalado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, respecto a que la prueba del ADN no está totalmente admitida como medio probatorio dentro del Derecho,

“...porque con frecuencia ocurre que la normatividad jurídica, en ocasiones queda a la zaga, en relación con las nuevas técnicas de investigación, lo cual llega a generar problemas de tipo médico legal...”

Se encuentra otro error, pues a partir de la reforma realizada a la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal en el año 2000, el artículo 382 admite expresamente cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos, para probar la paternidad o maternidad.

Pero aun cuando tal norma jurídica, no estuviere presente en todas las Legislaciones sustantivas civiles de las Entidades Federativas de nuestro país, éste hecho no significa la no aceptación de dichos medios probatorios científicos, pues no debe olvidarse que dentro de las reglas generales de la prueba, el juzgador puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero y de cualquier cosa o documento, para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, sin

más limitación que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

2.- Otra cuestión relevante en la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, es la confusión patente que se hace de la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, con el genoma humano, al señalarse:

“...en cualquier persona, la mitad del genoma procede del padre y la otra mitad de la madre; Por lo tanto, bastará comparar las características en la huella genética del hijo, de la madre y del presunto padre, para encontrar si existe o no coincidencia ostensible en las huellas genéticas sujetas a verificación y análisis, prácticamente con una nula posibilidad de error.”

Al respecto, debe distinguirse entre lo que es el genoma humano y la prueba del ADN, por ello iniciare señalando al primero como el género y a la segunda como la especie, porque el genoma humano es el mapa genético del ser humano, es decir, son las instrucciones genéticas completas que tiene cada célula de cada organismo vivo. El número de bases que componen el genoma humano es de aproximadamente 3 mil millones de secuencias, que sí fueran impresas en letras podrían llenar una pila de libros tal alta como cualquier monumento. (⁵⁴⁰)

El proyecto genoma humano se inició como un esfuerzo internacional en octubre de 1990 y aun cuando fue diseñado para una duración de quince años, se completó en el año 2003 debido a los rápidos avances tecnológicos, considerándosele como el descubrimiento científico más importante del ser humano en miles de años. Dentro de las metas de este proyecto, se encuentra el conocimiento de las causas, efectos, prevención y cura de las enfermedades genéticas, porque está comprobado que alrededor de 3,000 enfermedades son hereditarias. (⁵⁴¹)

⁵⁴⁰ C/jf. Gonzalo Moctezuma Barragán (Coordinador), “El Genoma”, *Derecho y Cultura. Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura*, 2001-2002, pp. 78 y 142.

⁵⁴¹ C/jf. *Ibidem*, p. 143.

Aun cuando en principio, el objeto del genoma humano es aliviar el sufrimiento y el mejoramiento de la salud de los individuos, lo cual sin duda será beneficioso para la humanidad, también trae consigo grandes riesgos, porque dicha tecnología puede ser utilizada en forma negativa, al poder actualizarse la manipulación genética y con ello el recrudescimiento del racismo, o bien, de problemas de discriminación en asuntos relacionados con la materia laboral, de seguros, información genética y derecho a la intimidad. (⁵⁴²)

El descubrimiento del genoma humano puede parecer inverosímil, como extraído de una novela de ficción científica, pero muchas veces la realidad supera la fantasía, convirtiéndose a la vez en una de las investigaciones científicas más polémicas en la historia de la humanidad, pues el ser humano nunca debe ser tratado como un simple medio, la técnica debe ser el instrumento del ser humano y no el ser humano el instrumento de la técnica. (⁵⁴³)

Incluso, con la pretensión de establecer los cauces y límites al trabajo científico sobre la vida, se ha creado una nueva disciplina dentro de la Ética, a la cual se le conoce con el nombre de Bioética, cuyo objeto precisamente es encontrar respuestas a los nuevos cuestionamientos que se presentan debido al desarrollo de la ciencia, intentando llevarla por el cauce de los valores y del respeto a la dignidad humana. Sin embargo, debe reconocerse que la Bioética no es suficiente para resolver la variedad de problemas planteados por el genoma humano, debiendo por tanto ser afrontados por el Derecho, pues la norma jurídica produce efectos más contundentes debido a su característica de coercitividad. (⁵⁴⁴)

Con relación al genoma humano sólo comentare lo antes señalado, porque el presente trabajo de investigación no tiene entre sus objetivos analizar su problemática, pues ello rebasaría la finalidad de este estudio, el cual se centra

⁵⁴² Cfr. Gonzalo Moctezuma Barragán (Coordinador), *op. cit.*, pp. 41, 65 y 145.

⁵⁴³ Cfr. *Ibidem*, 144 y 146.

⁵⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 146.

particularmente en la prueba científica de la filiación. Por ese motivo, sólo me refiero a él brevemente y con la única intención de diferenciarlo de la prueba del ADN, en virtud de que la Suprema Corte de Justicia pretende equipararlos, como si se tratara de lo mismo.

De este modo, como ya se ha apuntado, el genoma humano se considera respecto de la prueba del ADN como el género, pues en aquél, la materia genética que se codifica es tanto en los pares básicos de ADN denominados *monomórficos* (aproximadamente tres mil millones, los cuales son iguales de individuo a individuo, por eso tenemos dos orejas, una nariz, dos ojos, es decir, son las características comunes entre todos los seres humanos), como en los *polimórficos* (calculados en otros tres millones de pares básicos, los cuales son significativamente distintos de un individuo a otro). (⁵⁴⁵)

Mientras en el caso de la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico (especie), la codificación de la materia genética consistirá exclusivamente en el análisis de los fragmentos *polimórficos* del ADN, mediante complejos procedimientos de laboratorio, a través de los cuales es posible individualizar a los seres humanos con gran precisión, basándose en la identificación de la cadena compuesta por cuatro pares de bloques químicos, como son: la adenina, timina, citosina y guanina, cuya unión da lugar a largas secuencias con combinaciones y localizaciones variables para cada persona, permitiendo con ello determinar la huella dactilar química. (⁵⁴⁶)

Con esta explicación, hago notar que el genoma humano y la prueba del ADN aunque están relacionadas, se basan en técnicas científicas de distinta naturaleza, encaminadas también a la consecución de objetivos diversos, pues mientras el genoma humano tiene la finalidad de establecer por completo el mapa

⁵⁴⁵ Cfr. Carolyn Costas Lugo, *op. cit.*, p. 382; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 44; José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 282.

⁵⁴⁶ Cfr. Mario Alva Rodríguez, *op. cit.*, p. 118; Carolyn Costas Lugo, *op. cit.*, p. 384; José Ángel Patitó, *op. cit.*, pp. 280 y 286; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 88.

genético del ser humano, para mejorar sus condiciones de salud, la prueba del ADN, sólo versa en la identificación de personas a través del ácido desorribonucleico.

3.- En cuanto a las muestras necesarias para llevar a cabo la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señala:

“Dicha prueba puede llevarse a cabo a partir de tejidos orgánicos como la raíz del pelo, los leucocitos de la sangre, los espermatozoides, la piel, el líquido amniótico o cualquier célula humana...”, añadiendo después, “...la forma más común de efectuar dicho análisis es a partir de la toma de muestras de sangre, porque el ADN se halla en los glóbulos blancos, aunque también puede encontrarse en las células que se pueden tomar de cualquier tejido orgánico, con la consiguiente desventaja que implica el aumento de la dificultad para llevar a cabo un exitoso análisis químico”.

Esa aseveración de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, no es del todo correcta, porque de acuerdo con la medicina legal, una de las características más ventajosas de la prueba de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, es el hecho de que la molécula del ADN es muy estable y permite rastrear sus poliformismos en casi cualquier tipo de muestra biológica, en la cual se contenga material genético medianamente conservado, pues las muestras sobre las que se debe investigar en esta disciplina son de diversa procedencia y no siempre suelen ser las mejores por su calidad, sino las posibles.
(⁵⁴⁷)

De esta manera, las muestras para practicar la prueba del ADN no están limitadas, pues su procedencia como bien acepta la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, pueden ser de cualquier célula humana (raíz del pelo, sangre, espermatozoides, piel, líquido amniótico). Pero, también de material cadavérico,

⁵⁴⁷ *Cj.* José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 282.

orina, hisopados de cavidades vaginal, rectal o bucal, manchas orgánicas de sangre o semen en prendas, telas, tapizados, papeles u otras superficies. (⁵⁴⁸)

Por este mismo motivo, también constituye un error el hecho de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, señale que aun cuando la prueba del ADN pueda ser practicada sobre cualquier tejido orgánico, la forma más común de efectuarla sea a partir de la extracción de sangre, porque las demás muestras tienen la desventaja de dificultar el análisis químico correspondiente. Si esto fuera cierto, numerosos casos sobretodo en materia penal hubieran quedado impunes, pues como ya dije, las muestras sobre las que se investiga en la medicina legal son siempre de diversa procedencia y ocasionalmente no suelen ser las mejores sino las posibles.

En el caso particular de los juicios de filiación, aunque la muestra aportada al perito puede ser la sangre, hoy en día es más frecuente y aceptada la toma de los hisopados bucales, cuyo objetivo es la obtención de miles de células de la mucosa bucal, en cuyo contenido se encuentra la cantidad necesaria de ADN para la determinación de un vínculo filiatorio controvertido, o la identificación de un individuo, con el mismo grado de certeza que el de la sangre. (⁵⁴⁹)

4.- Una de las cuestiones más trascendentes de la resolución emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, es la consideración de que el auto a través del cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética, ocasiona perjuicios de imposible reparación, al afectar derechos fundamentales del individuo como son: su libertad, integridad corporal y derecho a la intimidad.

Tal aseveración, conduce a la necesidad de establecer en principio la verdadera naturaleza de los derechos afectados con el auto mediante el cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética (libertad, integridad corporal y

⁵⁴⁸ Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, pp. 26 y 207; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 282 y 283.

⁵⁴⁹ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 207.

derecho a la intimidad). Al respecto, el Maestro Gutiérrez y González, señala que se trata fundamentalmente de derechos de la personalidad y no particularmente de derechos humanos, como últimamente se ha pretendido identificarlos, porque estos últimos son sólo una parte de aquellos, esto es, un reducido ámbito de los derechos de la personalidad, pues evidentemente todos los derechos son humanos. (⁵⁵⁰)

Entre los derechos de la personalidad y los derechos humanos existen diferencias notables en extensión y consecuentemente, diferencias de género y especie, siendo el género los primeros y la especie, los segundos. En este mismo sentido, el autor citado, destaca varios aspectos:

A.- Los derechos humanos tienen su origen en nuestro medio jurídico por razones políticas, al ser creados por el gobernante con el objetivo de dar una apariencia en el ámbito internacional de que en México existe un respeto al ser humano, mientras los derechos de la personalidad surgieron primero como conquistas políticas y después jurídicas, al haber sido impuestos por los pueblos a sus gobernantes a través de los siglos.

B.- Los derechos humanos surgen con un ámbito muy restringido de defensa de los seres humanos, es decir, sólo cuando son atacados por el gobernante, mientras los derechos de la personalidad, se esgrimen por cualquier ataque sufrido, ya sea del gobernante o de cualquier otro gobernado.

C.- En nuestro país, cuando se actualiza la violación de derechos humanos, la Comisión creada supuestamente para su defensa, sólo emite una recomendación sin efectos coercitivos y con la única intención de exhibir públicamente a la autoridad responsable de tal violación. En cambio, cuando los derechos de la personalidad son violados, el hecho ilícito de esa violación genera en contra de su

⁵⁵⁰ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad*, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002, p. 727.

autor, ya sea el Estado o cualquier gobernado, la posibilidad de una demanda por daños y perjuicios.

D.- El objeto de los derechos humanos es proteger valga la redundancia, los derechos de los seres humanos, en tanto que los derechos de la personalidad, son extensivos tanto a las personas físicas como a las morales.

E.- Los derechos humanos se identifican con las garantías individuales, porque constituyen un límite al poder del Estado contra el gobernado, debiendo ejercer su respeto jurídico mediante el juicio de amparo, con el cual el gobernado no obtendrá una indemnización por daños y perjuicios. En cambio, la violación de los derechos de la personalidad, implica que el propio Estado a través de sus funcionarios judiciales, ordene la cesación de la violación cometida por la misma autoridad o por otro particular y establezca una sanción indemnizatoria.

F.- En el caso de la violación de los derechos humanos, el juicio de amparo sólo puede ser solicitado ante los funcionarios judiciales federales, mientras si se violan los derechos de la personalidad, la solicitud para su defensa puede efectuarse ante cualquier funcionario judicial, ya sea federal o local, según corresponda. (⁵⁵¹)

Atendiendo a todas estas consideraciones, concluyo entonces en que la verdadera naturaleza jurídica de los supuestos derechos afectados (libertad, integridad corporal y derecho a la intimidad), mediante el auto en el cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética, es la de derechos de la personalidad y no la de derechos humanos, porque estos últimos sólo constituyen un reducido ámbito de aquellos, al encontrarse restringidos para su defensa, cuando son violados por el gobernante y únicamente poder ejercer su respeto jurídico a través del juicio de amparo.

⁵⁵¹ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *El Patrimonio... op. cit.*, pp. 727 y 728.

5.- Relacionado con el punto anterior, había anotado que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, determinó que el auto mediante el cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética, ocasiona perjuicios de imposible reparación, al afectarse derechos fundamentales del individuo como son: su libertad, integridad corporal y derecho a la intimidad.

Como es comprensible, esa resolución es muy compleja y requiere por ende la división de este análisis, atendiendo a cada uno de los derechos de la personalidad afectados al individuo, según la Suprema Corte de Justicia, por la admisión y orden del desahogo de la prueba pericial genética. Por ello, iniciare en éste punto con lo relativo a la afectación de la libertad del sujeto.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señala en su resolución:

“...dada la especial naturaleza de la prueba, para desahogarla es preciso disponer de tejido celular, lo que implica la toma de muestras de sangre, sin contar con el hecho de que la persona quedaría obligada a presentarse en los días y horas que al efecto se determinen para la práctica de los estudios químicos o exámenes de laboratorio, lo cual puede implicar una afectación tanto a su libertad personal como a su integridad física, ya que la orden de realización forzosa de esa prueba pericial se traduce en la imposición de una conducta que podría violentar la intimidad de la persona, sus creencias o idiosincrasia del afectado...”

De acuerdo con la anterior transcripción, puede desprenderse que nuestro Alto Tribunal considera como afectación a la libertad del sujeto, dos aspectos fundamentales: el primero, es el hecho de ordenar la realización forzosa de la prueba pericial, lo cual se traduce en la imposición de una conducta, cuyo resultado es violentar a la persona en sus creencias o idiosincrasia; el segundo, deriva del primero, pues consiste en la presentación forzosa del afectado en los días y horas determinados para la práctica de los estudios químicos o exámenes de laboratorio correspondientes.

Por ello, para estar en condiciones de determinar si efectivamente tales hechos afectan la libertad del sujeto, es preciso definir en primer lugar que es la libertad, comenzando por su significado gramatical. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua expresa:

“Libertad (Del lat. *libertas*, *libertatis*) f. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. 2. Estado o condición de quien no es esclavo. 3. Estado de quien no está preso. 4. Falta de sujeción y de subordinación...” (⁵⁵²)

Como se observa, desde el punto de vista gramatical, la libertad tiene diversas acepciones y plantea numerosas cuestiones, las cuales conducen necesariamente al ámbito de la filosofía, tanto en su campo general como en el jurídico, pues es preciso preguntarse ¿En qué consiste el obrar o no obrar?; ¿El que obra en una u otra forma siempre es responsable de sus actos?. En el caso de los incapaces, estos no son responsables de sus actos, entonces, ¿No son libres?. Evidentemente, la respuesta a todas estas preguntas tendrá siempre una postura filosófica y política. (⁵⁵³)

Por otra parte, desde la perspectiva jurídica, la libertad puede ser analizada a partir de tres disciplinas jurídicas específicas. En términos generales, en el ámbito de la filosofía del derecho, en el derecho constitucional como garantía individual y en el campo del derecho civil como derecho de la personalidad. A continuación, me referiré a la concepción que en cada uno de ellos se tiene sobre éste derecho.

La filosofía del derecho, concibe a la libertad como una potestad inseparable de la naturaleza humana, es decir, como un elemento esencial de la persona, porque entre los fines vitales de ésta, se encuentra la obtención de su felicidad y bienestar. Así, el individuo escoge los conductos adecuados para la realización de

⁵⁵² Real Academia Española, *Diccionario...op. cit.*, p. 930.

⁵⁵³ Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *El Patrimonio...op. cit.* p. 933.

sus objetivos personales y es precisamente, en esa elección de fines vitales y medios para su consecución, como se ostenta la libertad. (⁵⁵⁴)

La libertad traducida en esa potestad o facultad propia de la persona humana para elegir los fines y medios vitales, tendientes a la consecución de su felicidad, presenta dos aspectos fundamentales establecidos en razón del ámbito donde aquélla se despliega. En primer término, tal potestad electiva puede tener lugar sólo en el intelecto de la persona, lo cual implica una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del Derecho, porque se relega al fuero íntimo de la conciencia. (⁵⁵⁵)

El segundo aspecto, tiene lugar con la externalización de tal potestad electiva del individuo a la realidad, mediante su actuación, implicando ello la libertad social, cuyo interés es fundamental para el Derecho, pues no es dable permitir que cada miembro de la sociedad haga prevalecer sus intereses de manera absoluta, sobre los de los demás, debiendo necesariamente restringirse cuando su ejercicio afecte tanto un interés social o estatal, como un interés particular ajeno, de lo contrario se aniquilaría el régimen de convivencia de toda sociedad humana. (⁵⁵⁶)

En el ámbito del derecho constitucional, la libertad surge como consecuencia de las consideraciones filosóficas de las que ya hablaba, pero en forma de una relación jurídica correlativa, porque los órganos autoritarios del Estado están vinculados a respetar pasiva o activamente la esfera libertaria del individuo y el gobernado a su vez, tiene la potestad o la facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades, el respeto y la observancia de ese poder libertario individual. Así, ese reconocimiento de la libertad humana como derecho subjetivo público, cuyo titular es el gobernado, con la vinculación estatal correlativa impuesta al Estado y a sus autoridades, la convierten en garantía individual. (⁵⁵⁷)

⁵⁵⁴ Cfr. Ignacio Burgoa Orihuela, *Las Garantías... op.cit.*, pp. 303, 304 y 307.

⁵⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 304.

⁵⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 304, 305 y 306.

⁵⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 310.

En el campo del derecho civil, la libertad es un derecho de la personalidad, el cual ha sido definido por el Maestro Gutiérrez y González, como sigue:

“El derecho de libertad es el bien jurídico constituido por las proyecciones físicas del ser humano de ejercicio de una actividad positiva o negativa (acción y omisión), individualizada por el ordenamiento jurídico de cada época y región, y con sólo las restricciones que este le determine.” (⁵⁵⁸)

De la anterior definición, deben destacarse los siguientes elementos, tal como lo hace su autor:

A.- El derecho de libertad es un bien jurídico.- Para el Maestro Gutiérrez y González, existe una clara diferencia entre la cosa “in genere” y la cosa jurídica, pues ésta última es a lo que se llama bien. (⁵⁵⁹) Así, la cosa jurídica o bien es:

“Toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular” (⁵⁶⁰)

De acuerdo con ésta definición, el derecho de libertad es un bien jurídico, pues tratándose de un derecho de la personalidad, forma parte del patrimonio de cada individuo (tiene un titular), es susceptible de entrar en una relación de derecho, porque su objeto es algo incorpóreo (no puede apreciarse por los sentidos) y tiene utilidad, porque satisface una necesidad humana.

B.- El derecho de libertad se constituye por proyecciones físicas del ser humano.- Esto significa que mientras la proyección o la conducta del individuo obedezca a su yo interno, es decir, se constriña a simples pensamientos o a proyecciones físicas intrascendentes para la sociedad, carecerá de importancia y únicamente adquirirá relevancia, cuando su conducta se actualice a través de movimientos corpóreos o de abstenciones perceptibles en ese exterior corpóreo. (⁵⁶¹)

⁵⁵⁸ Ernesto Gutiérrez y González, *El Patrimonio...op.cit.*, p. 936.

⁵⁵⁹ *Cfr. Ibidem*, p. 69.

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 68.

⁵⁶¹ *Cfr. Ibidem*, p. 937.

C.- La proyección física o conducta, a través de la cual se constituye el derecho de libertad, es en ejercicio de una actividad positiva o negativa (acción u omisión) del individuo.- Esto es, la proyección física o conducta que viene a constituir el bien jurídico protegido por el derecho de libertad, puede actualizarse en una actividad de hacer o no hacer del individuo. En cualquiera de los dos casos, dicha actividad debe repercutir en el ámbito social y jurídico. (⁵⁶²)

D.- La individualización del ordenamiento jurídico de cada época y región.- Para que las conductas de hacer o no hacer realizadas por el individuo puedan ser amparadas por el derecho de libertad, deben estar catalogadas por el ordenamiento jurídico y evidentemente, variarán de época a época y de lugar a lugar o región. (⁵⁶³)

E) El establecimiento de restricciones por el ordenamiento jurídico.- El derecho de libertad no puede ejercitarse sin restricción alguna, por ello corresponde a los ordenamientos jurídicos determinar sus limitaciones. (⁵⁶⁴)

Así, una vez hecha la mención de los anteriores elementos de la definición del Maestro Gutiérrez y González, respecto del derecho de libertad como derecho de la personalidad y más atrás con la referencia a las concepciones que sobre éste mismo derecho, prevalecen en el ámbito de la filosofía del derecho y en el derecho constitucional, es momento de analizar los argumentos emitidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en cuanto a la afectación que sufre el individuo en su libertad, por el auto mediante el cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética.

⁵⁶² Cfr. Ernesto Gutiérrez y González, *El Patrimonio...op.cit.*, p. 937.

⁵⁶³ Cfr. *Ibidem*, p. 938.

⁵⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 938 y 939.

Ya decía, que el Alto Tribunal de nuestro país ha considerado en éste caso como afectación a la libertad del sujeto, dos aspectos fundamentales: el primero, es el hecho de ordenar la realización forzosa de la prueba pericial, lo cual se traduce en la imposición de una conducta, cuyo resultado es violentar a la persona en sus creencias o idiosincrasia; el segundo, deriva del primero, pues consiste en la presentación forzosa del afectado en los días y horas determinados para la práctica de los estudios químicos o exámenes de laboratorio correspondientes.

Para analizar éstos argumentos, es necesario desglosarlos, advirtiendo en primer lugar que la práctica forzosa de la prueba pericial en los juicios de filiación, puede explicarse en virtud de varias cuestiones trascendentes. Entre ellas, importa citar las siguientes:

a).- La filiación es una institución muy importante del derecho civil para la familia, pues al tratarse de la relación jurídica que existe entre dos sujetos de los cuales, uno es la madre o el padre de otro, constituye un presupuesto jurídico necesario, una *conditio sine qua non*, para conocer la situación jurídica en la que se encuentra una persona como descendiente de otra, es decir, constituye un elemento indispensable para determinar el estado civil o de familia de un cierto individuo.

b).- Al ser la filiación una institución del derecho civil para la familia y fuente de importantes relaciones jurídicas, como la patria potestad, el parentesco, los alimentos, la sucesión hereditaria y la nacionalidad, las disposiciones a través de las cuales se regula son de orden público e interés social, porque sus fines directos e inmediatos propenden a satisfacer una necesidad colectiva, lograr un bienestar social o común y prevenir o evitar un mal público, es decir, a la comunidad. (⁵⁶⁵)

⁵⁶⁵ Cfr. Ignacio Burgoa Orihuela, *El Juicio de Amparo*, 39ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002, pp. 735, 736 y 739.

Más aun cuando el artículo cuarto de la Constitución Política Federal, contempla como garantía individual, el derecho de los niños y niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, estableciéndose tanto para el Estado como para los ascendientes, tutores y personas que los cuiden, el deber de preservar tales derechos.

c).- La filiación está íntimamente vinculada al derecho de toda persona a conocer su origen biológico y por consiguiente, a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con ese origen biológico le corresponde.

En el marco del Derecho Internacional, el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, forma parte de diversos documentos como son: la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño de 30 de septiembre de 1990, aprobada durante la Cumbre Mundial a favor de la Infancia ese mismo año y las resoluciones A3-314/91 y A3-0172/92 del Parlamento Europeo. A todos estos documentos, ya me he referido en el capítulo primero del presente trabajo de investigación, en el apartado relativo al derecho del descendiente para conocer su filiación en el ámbito internacional.

En el ámbito nacional, ese derecho de todo individuo para conocer su origen biológico, se encuentra plasmado en dos legislaciones, la primera en el ámbito federal es la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del año 2000. La segunda, en el ámbito local es la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 31 de enero del 2000.

Así, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el artículo 22 establece el derecho a la identidad, al siguiente tenor:

“El derecho a la identidad está compuesto por:

- A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.
- B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
- C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.
- D. Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.

A fin de que niñas niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento.”

Por su parte, la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, dispone en su artículo 5, inciso B, fracciones I, II y III:

“De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

B) A la identidad, certeza jurídica y familia:

- I. A la identidad, tomando como base el conjunto de atributos y derechos de la personalidad conforme a lo previsto en la legislación civil;
- II. A ser registrados después de su nacimiento, con un nombre y apellidos propios, de conformidad con lo establecido en la legislación civil;
- III. A solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético;”

d).- Además de lo anterior, es preciso destacar la circunstancia de que hoy en día, los adelantos dentro de la medicina genética proporcionan al Derecho, métodos probatorios científicos más ciertos respecto de los tradicionalmente admitidos, a través de los cuales es posible la comprobación del nexo filial controvertido, con un mínimo de error.

Todas éstas circunstancias, deben ser tomadas en cuenta frente a la posible afectación de la libertad del individuo, a quien por mandamiento judicial se ordena la práctica forzosa de la prueba pericial, pues toda persona puede ejercer su potestad libertaria tendiente al logro de su felicidad, mientras no dañe los derechos

e intereses tanto de otra persona como de la colectividad y en éste rubro, corresponderá al Derecho compatibilizar los intereses sociales con los particulares, estableciendo una adecuada relación jurídica y social entre ellos, es decir, reconociendo y respetando la esfera de actividad individual, pero limitando al mismo tiempo, ese radio de acción del ser humano en interés de los demás, de lo contrario la sociedad degeneraría en un caos. (⁵⁶⁶)

Por ello, considero que siendo la filiación una institución de orden público e interés social y fuente de importantes relaciones jurídicas, cuyo objeto es determinar el estado civil o de familia de un cierto individuo respecto de otro, no es posible dejar al arbitrio de los intereses particulares de un determinado sujeto, la práctica de la prueba pericial genética, con el pretexto del desempeño de su potestad libertaria, pues su actuación estaría fuera del verdadero y auténtico derecho de libertad, al comportarse nocivamente en detrimento de un interés particular ajeno, así como del orden público, del interés social y del inobjetable principio de solidaridad humana.

Evidentemente todos estos aspectos fueron ignorados por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, pues la misma pretende justificar la afectación del derecho de libertad en comento, argumentando que el mandamiento judicial por el cual se ordena la práctica forzosa de la prueba pericial, se traduce en una conducta impositiva, cuyo resultado es violentar a la persona en sus creencias o idiosincrasia.

Tal argumento, desde mi punto de vista no es muy claro, por eso tratare de descifrarlo, atendiendo al significado gramatical de cada una de sus palabras. En primer lugar, por conducta impositiva debe entenderse la "Exigencia desmedida con que se trata de obligar..." En segundo lugar, por violentar se entiende "Aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia", mientras violento significa "Que obra con ímpetu y fuerza." En tercer lugar, la creencia está definida

⁵⁶⁶ Cfr. Ignacio Burgoa Orihuela, *Lus Garantías...op. cit.*, pp. 21 y 23.

como el “Firme asentimiento y conformidad con algo” o bien, el “Completo crédito que se presta a un hecho o noticia como seguros o ciertos.” Y finalmente, en cuarto lugar por idiosincrasia debe entenderse el “... temperamento particular. Rasgos, temperamento, carácter, distintivos y propios de un individuo o de una colectividad”. (⁵⁶⁷)

De acuerdo con éstas definiciones gramaticales, se desprende que para nuestro Alto Tribunal, el mandamiento judicial por el cual se ordena la práctica forzosa de la prueba pericial, constituye una exigencia desmedida del órgano jurisdiccional respectivo, porque su resultado es vencer la oposición del sujeto a su sometimiento obligatorio, mediante la fuerza coercitiva, afectando con ello su consentimiento o conformidad, así como su temperamento y carácter.

Difiero de este argumento, porque considero que el mandamiento judicial a través del cual se ordena la práctica forzosa de la prueba pericial genética, no es en realidad una exigencia desmedida del órgano jurisdiccional, sino un límite a la libertad del sujeto, plenamente justificada por la importancia y naturaleza de la filiación como institución y fuente de importantes relaciones jurídicas dentro del derecho civil para la familia.

Además, como ya señalaba, no es posible la prevalencia del interés particular sobre el interés ajeno y el colectivo, porque a nadie le está permitido desplegar su conducta mediante actos que lesionen tales intereses, con el pretexto de desempeñar su potestad libertaria, pues su actuación estaría fuera del verdadero y auténtico derecho de libertad.

Finalmente, en cuanto a la vulneración del derecho de libertad del sujeto, ante el deber de presentarse en los días y horas determinados para la práctica de los estudios químicos o exámenes de laboratorio correspondientes, sólo me resta por decir que esa pretendida afectación deriva del sometimiento forzoso a su práctica

⁵⁶⁷ Real Academia Española, *Diccionario...op. cit.*, pp. 460, 844 y 1565.

y sólo constituye un requerimiento procesal para cualquier tipo de medio probatorio, a efecto de estar en posibilidad de desahogarlo.

6.- Siguiendo con el presente análisis respecto a cada uno de los derechos de la personalidad afectados al individuo, según la Suprema Corte de Justicia por la admisión y orden del desahogo de la prueba pericial genética, continuaré en éste punto con lo relativo a la afectación de la integridad corporal del sujeto.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señala en su resolución que el hecho de admitir y ordenar el desahogo de la prueba pericial en genética, reporta de alguna manera y en alguna medida una lesión corporal (por leve que pudiera ser), al ser necesaria la obtención de muestras de sangre o cualquier otro tipo de tejido celular, para la práctica de los exámenes de laboratorio respectivos, traduciéndose tal lesión, en la afectación a la integridad corporal del individuo.

Además, ese Alto Tribunal determina que tal afectación deviene en un acto cuya ejecución es de imposible reparación, porque aun cuando el afectado obtuviera sentencia favorable, no podría ser resarcido del tejido celular requerido para realizar el análisis tendiente al desahogo de la referida probanza, aunque dicho tejido celular sea regenerado por el propio cuerpo, o sólo se traduzca en un acto de molestia para el individuo.

Al respecto, importa reconocer que si bien el Derecho consagra como garantía individual y como derecho de la personalidad, el derecho a la vida y por ende, el derecho a la integridad corporal a efecto de respetar, proteger y evitar los atentados en contra del cuerpo de la persona física, dicho derecho no es absoluto, pues en ciertas ocasiones tal como en el caso de la filiación, debe limitarse, siempre y cuando se funde en un interés legítimo en beneficio de la colectividad.

Sobretudo, porque la supuesta lesión corporal infringida al individuo es mínima, no pone por regla general en peligro su vida y es de suma utilidad para determinar un nexo filial controvertido y con ello, actualizar una institución de orden público e interés social, fuente de importantes relaciones jurídicas familiares.

La consideración de que la supuesta lesión corporal sufrida por el individuo es mínima y no pone por regla general en peligro su vida, atiende a que cuando la muestra aportada es sangre, sólo se requiere de la punción venosa de aproximadamente 10 ml de líquido sanguíneo a cada uno de los individuos a quienes se debe practicar la prueba, es decir, a ambos progenitores y al descendiente, aunque si éste es menor esa cantidad puede ser reducida. (⁵⁶⁸)

De igual manera, énfasis en las muestras de los hisopados bucales, los cuales constituyen hoy en día, el tejido celular más utilizado y aceptado para la práctica de la prueba del ADN en los juicios de filiación, porque su objetivo es la extracción de miles de células de la cavidad bucal, a través de simples hisopos de algodón, en cuyo contenido se encuentra la cantidad necesaria de ADN para la determinación de un vínculo filiatorio controvertido o la identificación de un individuo, con el mismo grado de certeza que el de la sangre. (⁵⁶⁹)

La especial aceptación de las muestras de los hisopados bucales en los juicios de filiación, se debe a que su recolección es fácil y simple, pues sólo toma unos minutos la obtención del exudado bucal requerido, a través de un suave raspado de la parte interna de la mejilla, debiendo utilizarse en ese procedimiento un total de cuatro a ocho hisopos por persona. Además, no se trata de un método invasivo, porque no es necesario la punción de la piel con agujas, evitando traumatismos e infecciones particularmente en los recién nacidos. (⁵⁷⁰)

⁵⁶⁸ Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, pp. 282 y 283; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 26 y 207.

⁵⁶⁹ Cfr. José Ángel Patitó, *op. cit.*, p. 283; Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, pp. 207, 208 y 209.

⁵⁷⁰ Cfr. Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni, *op. cit.*, p. 207.

Esta breve explicación de las muestras requeridas para llevar a cabo la prueba de ADN, me permite concluir objetivamente que su obtención no afecta la integridad corporal de ningún individuo, pues la cantidad necesaria de líquido sanguíneo para su práctica es la misma solicitada para cualquier análisis de laboratorio y en cuanto a los hisopados bucales, estos reportan todavía menor afección, al tratarse únicamente de la extracción de un exudado bucal, con el cual se evita cualquier tipo de traumatismo.

Por otra parte estoy en desacuerdo con lo aducido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en lo relativo a que la afectación proveniente de la toma de muestras para la práctica de la prueba del ADN, constituye un acto de imposible reparación, porque científicamente está comprobada la regeneración de los tejidos celulares por el propio organismo, lo cual entonces no produce una situación físicamente irreparable para el sujeto. Distinto sería, si en forma arbitraria e inconstitucional, se ordenara la privación de la vida de ese sujeto, pues eso sí entrañaría evidentemente un acto de imposible reparación.

En este mismo sentido, el Maestro Ignacio Burgoa señala que en la práctica se registran casos muy contados y hasta insólitos, en los cuales un acto dentro de un juicio sea de ejecución irreparable, porque en la mayoría de las ocasiones, las resoluciones judiciales son reparables jurídica y materialmente, con más o menos facilidad o dificultad. (⁵⁷¹)

Ahora bien, puede ser que la Suprema Corte de Justicia considere un acto de imposible reparación, el hecho de no poder restituir al sujeto esos mismos tejidos celulares obtenidos para la práctica de la prueba del ADN en cuestión, lo cual me parece absurdo, porque todos los seres humanos durante nuestra vida estamos permanentemente regenerando las células de todo nuestro organismo.

⁵⁷¹ Cfr. Ignacio Burgoa Orihuela, *Juicio de Amparo...op.cit.*, p. 637.

7.- Para finalizar con el análisis de cada uno de los derechos de la personalidad afectados al individuo, según la Suprema Corte de Justicia, por la admisión y orden del desahogo de la prueba pericial genética, me referiré en este punto a la afectación del derecho de intimidad del sujeto.

En principio, comenzaré señalando que el advenimiento del concepto de intimidad en la esfera del Derecho es tardío con relación al campo de la filosofía, en el cual se remonta al desarrollo de la noción de persona, sobretodo en el pensamiento cristiano, a partir de San Agustín cuando "...se redescubre ...el hombre a solas, reflejado sobre sí mismo, en una entrañable relación con Dios." Desde este punto de vista, la intimidad es un concepto específicamente espiritual, fundamentado en la idea de extrema interioridad, característica del ser humano. ⁽⁵⁷²⁾

Como todos los conceptos espirituales, el de intimidad es rico e inagotable, se postula su existencia dentro de los derechos inviolables del ser humano, anteriores y superiores a cualquier Ordenamiento jurídico. Sin embargo, al admitirse que el hombre no es un ente aislado y debe convivir socialmente, se inicia la construcción jurídica de tal derecho, con el objeto de restringir la libertad ajena y consagrar un ámbito de actuación para el titular. ⁽⁵⁷³⁾

El derecho en comento no tiene una nomenclatura uniforme, en Estados Unidos adquiere el nombre de "right of privacy", en Francia se utilizan dos denominaciones "droit á la intimité" y "droit á la vie privée, los italianos por su parte le llaman "diritto alla vita privata" o bien "diritto a la riservatezza". De igual forma, dentro de la lengua castellana recibe varias designaciones "derecho a la vida privada"; "derecho a la intimidad" o también "derecho a la intimidad de la vida privada" ⁽⁵⁷⁴⁾

⁵⁷² Cfr. Matilde Zavala De González, *Derecho a la Intimidad*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982, pp. 17-19.

⁵⁷³ Cfr. *Ibidem*, pp. 19-22.

⁵⁷⁴ Cfr. Eduardo Novoa Monreal, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un Conflicto de Derechos*, Ed. Siglo Veintiuno, México, 1979, pp. 30 y 31.

Todas éstas denominaciones del derecho en comento, repercuten en la distinta forma como ha sido definido en el ámbito jurídico, pues al no existir una nomenclatura uniforme, tampoco lá doctrina se ha puesto de acuerdo en un concepto generalizado del mismo. Así, por ejemplo, el Maestro Gutiérrez y González, considera que el derecho al secreto o a la reserva es el género, mientras el derecho a la intimidad es la especie, definiendo éste último como sigue:

“Es el bien jurídico constituido por la proyección psíquica del ser humano, de su deseo de vivir cuando y donde lo desee, libre de intromisiones o indiscreciones ajenas, y que individualiza el orden jurídico de cada época o país.” (⁵⁷⁵)

En dicho concepto, su autor enfatiza el aspecto espiritual e íntimo de una persona, el cual es diferente de sujeto a sujeto, porque es lo que cada quien desea mantener para sí, lejos de las intromisiones ajenas. Por otro lado, Zavala de González señala que el derecho a la intimidad es:

“...el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de ésta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos.” (⁵⁷⁶)

De ésta definición, pueden desprenderse según su autora varios elementos: a).- Su naturaleza jurídica.- Un derecho personalísimo; b).- El bien jurídico tutelado.- La reserva; c).- El ámbito en que éste se preserva.- La vida privada del hombre; d).- Sus proyecciones.- El individuo mismo, su exteriorización a través del lenguaje, la conducta, los vínculos afectivos a sus allegados y al lugar donde vive; y e).- La significación de éste derecho como forma de manifestación de la libertad espiritual de la persona. (⁵⁷⁷)

⁵⁷⁵ Ernesto Gutiérrez y González, *El Patrimonio... op. cit.*, p. 816.

⁵⁷⁶ Matilde Zavala De González, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁷⁷ *Cfr. Idem.*

A partir de estos conceptos, se infiere que el fundamento del derecho de todo ser humano a mantener secretas e inviolables ciertas manifestaciones de su vida, se encuentra en el reconocimiento de la existencia de un ámbito de la vida de cada individuo, el cual solamente concierne a éste y queda reservado para los demás, pues sin su expresa conformidad nadie puede inmiscuirse dentro de él, como consecuencia de la individualidad, de la autonomía y de la libertad admitidas para todo ser humano. (⁵⁷⁸)

Sin embargo, aun cuando se reconoce la existencia de ese ámbito de la vida de cada persona que se encuentra vedado de cualquier intromisión ajena, no es tan fácil su delimitación, porque se trata de un contexto relativo y variable conforme a ciertas circunstancias, pues la idea de vida privada varía de un individuo a otro, de un grupo a otro, de una sociedad a otra e igualmente, en función de las edades, tradiciones y diferentes culturas. (⁵⁷⁹)

En éste punto también es preciso admitir que la noción general de vida privada, está determinada en cierta medida, por los diferentes regímenes sociales, políticos y económicos existentes en el mundo, pues todos ellos responden a concepciones diversas del ser humano y de la sociedad, se basan en modelos ideológicos discrepantes, los cuales conducen a una apreciación distinta de cómo deben ser las relaciones de un ser humano y otro e igualmente, las de cada individuo con la sociedad. (⁵⁸⁰)

De este modo, al no poderse establecer un concepto absoluto con límites y contenidos fijos e inmutables de la vida privada, actualmente la tendencia para decidir si se ha vulnerado o no éste ámbito, es la de conferir a los juzgadores facultades discrecionales, a efecto de que en cada caso concreto, evalúen las

⁵⁷⁸ Cfr. Eduardo Novoa Montreal, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 42

⁵⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 43.

posibles afecciones sufridas por el individuo en su esfera de privacidad o intimidad.

Por eso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, determinó que la afectación al derecho de intimidad del sujeto en el caso en comento, se actualiza con la permisión de la práctica de la prueba pericial en genética, sin ninguna restricción, pues ello se traduce en una invasión a la intimidad del ser humano, así como en una intromisión a su individualidad, poniendo al descubierto aspectos o características genéticas, patológicas y hereditarias pertenecientes a su más absoluta intimidad e irrelevantes con la litis sobre los derechos de paternidad ventilados en juicio.

Asimismo, éste Alto Tribunal señala que la vulneración al derecho de intimidad se presenta también, al obrar en autos los dictámenes periciales rendidos en su momento, porque en ellos se contiene información perteneciente a la intimidad genética del individuo, quedando ésta de manifiesto para quienes tengan acceso al expediente. Por ello, consideran la necesidad de imponer restricciones para el desahogo de dicha prueba.

Al respecto, interesa considerar que si bien el derecho a la intimidad de la vida privada, integrada entre otros elementos por el patrimonio genético, se encuentra protegido en nuestro régimen jurídico nacional, a través del artículo 16 constitucional, al prohibirse los actos de molestia en la persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, en el cual se funde y motive la causa legal del procedimiento y más específicamente, en el ámbito internacional por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al siguiente tenor:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

También es cierto, que ese derecho de la persona a mantener sus datos genéticos en un plano de reserva, no es absoluto y debe ser armonizado con los intereses públicos y privados de todos los demás miembros de la sociedad. Este hecho, evidentemente acarrea una enorme dificultad, pues así como debe evitarse el individualismo, también es preciso impedir una intervención autoritaria del Estado, para determinar los casos en que se justifica la invasión a la intimidad genética de una persona. (⁵⁸¹)

En el caso de los juicios de filiación, considero que está plenamente justificada la afectación al derecho de intimidad genética del individuo, porque al ser la filiación una institución de orden público e interés social, fuente de importantes relaciones jurídicas, cuyo objeto es determinar el estado civil o de familia de una persona como descendiente de otra, no es posible dejar al arbitrio de los intereses particulares de un determinado sujeto, la práctica de la prueba pericial genética, con el pretexto de resguardar su vida privada, pues ello además de ir en detrimento del interés particular del supuesto descendiente, va en contra del orden público y del interés social.

Claramente, estos aspectos no fueron tomados en cuenta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, pues la misma pretende justificar la afectación del derecho de intimidad del sujeto, argumentando que la permisón de la práctica de la prueba pericial en genética, sin ninguna restricción, se traduce en una invasión a la intimidad del ser humano, a una intromisión en su individualidad, poniendo al descubierto aspectos o características genéticas, patológicas y hereditarias pertenecientes a su más absoluta intimidad, e irrelevantes con la litis sobre los derechos de paternidad ventilados en juicio.

⁵⁸¹ Cfr. Víctor Martínez Bullé Goyri, "Genética Humana y Derecho a la Vida Privada", *Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos*, México, Publicado por el IJJ-UNAM, 1995. p. 56

Tal argumento además, denota la confusión patente que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, tiene entre la prueba del ADN y el genoma humano, porque como ya he explicado con antelación ambos métodos son diferentes.

El genoma humano constituye dentro de ellos el género, es decir, el mapa genético del ser humano, las instrucciones genéticas completas de cada célula del mismo, mientras la prueba del ADN es la especie, esto es, la individualización de los seres humanos a partir de su huella dactilar química, debiéndose en éste caso comparar tanto las huellas del descendiente como de los presuntos ascendientes para determinar, si existe o no la relación consanguínea de parentesco, pues la posibilidad de que dos seres humanos tengan la misma huella dactilar es de 1 en 3 billones.

En el caso del genoma humano, la materia genética que se codifica es tanto en los pares básicos de ADN denominados *monomórficos*, cuyo número asciende aproximadamente a tres mil millones, siendo iguales de individuo a individuo, es decir, son las características comunes entre todos los seres humanos, como en los *polimórficos*, los cuales se calculan en otros tres millones de pares básicos y son significativamente distintos de un individuo a otro. Esta codificación de la materia genética es distinta en la prueba del ADN, porque exclusivamente se efectúa en los fragmentos *polimórficos*, ya que, a través de ellos es posible individualizar a los seres humanos con gran precisión y determinar su huella dactilar química.

Estas precisiones, sirven para aclarar los distintos ámbitos de conocimiento genético de los métodos en comento, concluyendo que con el genoma humano es factible la determinación de las características genéticas, patológicas y hereditarias del individuo, mientras con la prueba del ADN, es posible la individualización de cada ser humano a partir de su huella dactilar química.

Entonces, resulta falso lo señalado por nuestro más Alto Tribunal, en cuanto a que a través de la prueba del ADN, quedarán al descubierto las características genéticas, patológicas y hereditarias del sujeto, pues la única pretensión de la utilización de éste método en los juicios de filiación, es la individualización de los presuntos ascendientes y descendientes mediante su huella dactilar química, a efecto de hacer las comparaciones respectivas y poder determinar la existencia o no del vínculo filial controvertido, lo cual por supuesto, si es relevante con la litis.

Por otra parte, en lo que sí coincido con la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, es en el hecho de restringir el acceso al expediente en el cual se contengan los dictámenes periciales, a los estrictamente interesados, pues esa información les pertenece, forma parte de su vida privada y no tiene porque ser divulgada. En este sentido, propongo que por su relevancia, tales expedientes sean custodiados directamente por el juzgador, para evitar la filtración de información a personas ajenas al proceso ventilado.

8.- De manera general, me parece que las inconsistencias manifestadas en los puntos anteriores, respecto a la controversia constitucional resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, se deben a la falta de aplicación del método sistemático del Derecho en la resolución emitida, porque dicho método estriba en relacionar la posible afectación de los derechos de ambas partes y no solamente los de una de ellas, pues eso sería tanto como resolver el caso ventilado de manera aislada, sin tomar en consideración el conjunto de derechos que conforman nuestro sistema normativo.

El método sistemático del derecho es un método interpretativo, comúnmente utilizado para disipar las aparentes contradicciones de dos o más preceptos integrantes de un mismo sistema normativo, armonizando su debida observancia en la realidad y previniendo los errores que suelen cometerse en las resoluciones de los tribunales, al tomarse en cuenta una sola norma jurídica de una cierta

legislación, sin relacionarla con otras del mismo articulado o de otro ordenamiento jurídico, como sí estas no existieran. (⁵⁸²)

El empleo de dicho método reviste mayor importancia, cuando se trata de la interpretación del texto constitucional, porque los errores en los que se puede incurrir al fijar el sentido y el alcance de sus normas, repercuten gravemente en la realidad social y pueden agravar o dificultar al menos, la implantación de medidas adecuadas para resolver la controversia ventilada. (⁵⁸³)

En el caso en comento, la falta de aplicación del método sistemático del derecho puede observarse concretamente, en que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, sólo consideró la afectación de los derechos de libertad, integridad corporal e intimidad de una de las partes, a quien por mandamiento judicial se ordenó la práctica forzosa de la prueba pericial genética, ignorando por completo la posible vulneración de los derechos de la personalidad de la otra.

En principio, dentro de los posibles derechos de la personalidad afectados a la contraparte, se encuentran el derecho de toda persona a conocer su origen biológico y por consiguiente, a obtener el emplazamiento en el estado de familia que conforme a ese origen biológico le corresponde. Este derecho, como ya he manifestado en otra ocasión, reviste especial importancia tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

En el ámbito internacional, su inclusión se encuentra en diversos documentos, tales como: la Declaración Universal de los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y en las resoluciones A3-314/91 y A3-0172/92 del Parlamento Europeo. En el ámbito nacional, se encuentra plasmado en dos legislaciones, la primera es la Ley para la Protección de los

⁵⁸² Cfr. Ignacio Burgoa Orihuela, *Derecho Constitucional Mexicano*, 13ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 395 y 396.

⁵⁸³ Cfr. *Ibidem*, p. 396.

Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (federal) y la segunda, es la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal (local).

De igual forma, dentro de la probable afectación de los derechos de la contraparte, se encuentra la garantía individual contemplada en el artículo cuarto de la Constitución Política Federal, en lo relativo al derecho de los niños y niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, el cual debe ser preservado tanto por el Estado como por los ascendientes, tutores y personas a cuyo cuidado se encuentren los menores.

Estos derechos al no ser tomados en cuenta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, al emitir su resolución, ponen de manifiesto la falta de aplicación del método sistemático aludido, traduciéndose este hecho también en el desconocimiento de la relevancia de la filiación, como institución de orden público e interés social y fuente de importantes relaciones jurídicas, como son: la patria potestad, el parentesco, los alimentos, la sucesión hereditaria y la nacionalidad.

De igual forma, junto con el desconocimiento de estos derechos e instituciones, nuestro Alto Tribunal no consideró la importancia de la prueba científica en los juicios de filiación, ya que, todavía en la actualidad los medios probatorios tradicionales, representan un problema al no proporcionar en la mayor parte de las ocasiones, los elementos suficientes para dirimir con certeza un vínculo filial controvertido. Ignorando con ello, la necesidad de auxiliar a los juzgadores con métodos científicos más contundentes, sobre todo los aportados por la medicina genética, pues hasta el momento sólo éstos suministran la comprobación de dicho nexo filial controvertido, con un mínimo de error.

Todas éstas circunstancias, evidentemente debieron ser tomadas en cuenta, frente a la posible afectación de la libertad, integridad corporal e intimidad del individuo, a quien por mandamiento judicial se ordena la práctica forzosa de la

prueba pericial, pues toda persona puede ejercer su potestad libertaria, evitar cualquier daño a su integridad corporal (que en el caso concreto, como expliqué no se actualiza) y reservarse aspectos íntimos de su vida privada, mientras no dañe los derechos e intereses tanto de otra persona como de la colectividad.

Así, en éste aparente marco de contradicción de derechos, corresponde a la ciencia jurídica compatibilizar los intereses sociales con los particulares, reconociendo y respetando por un lado la esfera de actividad individual, pero limitando al mismo tiempo ese radio de acción del hombre en interés de los demás. De lo contrario, los casos ventilados se resolverían de manera aislada, sin analizar el conjunto de derechos que conforman nuestro sistema normativo.

Por ello, a manera de conclusión puedo decir que siendo la filiación una institución de orden público e interés social y fuente de importantes relaciones jurídicas, cuyo objeto es determinar el estado civil o de familia de un cierto individuo respecto de otro, no es posible dejar al arbitrio de los intereses particulares de un determinado sujeto la práctica de la prueba pericial genética, con el pretexto del desempeño de su potestad libertaria, de la afectación de su integridad corporal y de la vulneración de su derecho a la intimidad, pues lejos de proteger sus derechos, se le está apoyando en un comportamiento nocivo en detrimento de un interés particular ajeno, así como del orden público, del interés social y del inobjetable principio de solidaridad humana.

D.- Documental.

a).- Concepto.

Para Erich Döhring, el documento es un objeto inanimado y por ende una cosa, es:

“...la manifestación de un pensamiento que ha tomado cuerpo en caracteres de escritura.” (⁵⁸⁴)

Al respecto, Francesco Carnelutti sostiene:

“El documento no es sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho.” (⁵⁸⁵)

En opinión de Gómez de Liaño, el:

“Documento, es fundamentalmente un escrito que contiene una declaración de voluntad o de conocimiento, o simplemente una expresión de pensamiento.” (⁵⁸⁶)

Por su parte, Devis Echandía señala:

“...documento es toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera.” (⁵⁸⁷)

De las definiciones apuntadas, Döhring, Carnelutti y Gómez de Liaño, restringen la manifestación del documento a la forma escrita, mientras Devis Echandía difiere de ello, ampliando su concepto a cualquier cosa producto de un acto humano, ya que, también puede tratarse de algo únicamente representativo cuando no

⁵⁸⁴ Erich Döhring, *op. cit.*, p. 275.

⁵⁸⁵ Francesco Carnelutti, *op. cit.*, p. 156.

⁵⁸⁶ Fernando Gómez de Liaño González, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁸⁷ Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, p. 486.

contiene ninguna declaración, como ocurre en el caso de los planos, cuadros, fotografías o discos fonográficos.

Asimismo, en cuanto al contenido del documento, Döhring lo restringe a la manifestación de un pensamiento, mientras Gómez de Liaño amplía dicho contenido a una declaración de voluntad o de conocimiento. La diferencia fundamental entre estos dos doctrinarios y Camelluti, estriba en que éste último destaca como nota esencial del documento, la representación de un hecho, cuestión con la cual también está de acuerdo Devis Echandía, quien explica el carácter representativo del documento a partir de su etimología, porque la voz documento deriva de “*docere*”, cuyo significado es enseñar, dar a conocer. (⁵⁸⁸)

Así, a manera de conclusión, el documento no puede limitarse únicamente a lo escrito, sino a todo aquello cuya función sea representar una idea o un hecho. Por ello, es preciso distinguir entre documentos materiales y literales, los primeros tienen lugar cuando la representación no se hace a través de la escritura, tal como sucede con las fotografías, dibujos, cuadros, planos, discos fonográficos o cintas cinematográficas, entre otros. Los literales son aquellos que cumplen su función representativa mediante la escritura.

b).- Objeto del Documento y su Contenido.

En su más amplia acepción, el documento tiene por objeto la representación de hechos. Dichos hechos pueden ser: pasados, presentes o futuros, simples acontecimientos naturales o actos humanos de quien lo crea u otorga o de otras personas, estados psíquicos, sentimientos humanos, simples deseos o pensamientos y conceptos. (⁵⁸⁹) Todos esos actos humanos representados por el documento, determinan su contenido y permiten clasificarlo por su objeto en las siguientes clases:

⁵⁸⁸ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, p. 486; Francesco Carnelutti, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁸⁹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, p. 514.

b1).- Dispositivos o constitutivos.- Son aquellos en los cuales se plasman actos de voluntad, con el propósito de producir determinados efectos jurídicos.

b2).- Declarativos.- Cuando consisten en la representación de lo que se sabe o conoce respecto de algún hecho. En este caso, pueden consistir en testimonios o confesiones.

b3).- Simplemente narrativos.- Cuando se trata de una narración imaginativa, como sería el caso de una novela o un poema, con los cuales puede probarse la capacidad y calidad intelectual de su autor.

b4).- Acciones o situaciones no declarativas.- Estos son los documentos materiales, en los cuales se plasman hechos puramente representativos y no declarativos, mediante fotografías, dibujos, cuadros, películas (esta última con independencia del diálogo grabado en la cinta).

b5).- Declaraciones de derecho.- Cuando las partes hacen constar por escrito la interpretación jurídica que le dan a un acto jurídico pasado, presente o aquél cuya celebración esté pensada para el futuro.

b6).- La exteriorización del pensamiento.- Incluyendo en éste a los deseos, sentimientos humanos, narraciones imaginativas o de recuerdos, en todos estos casos, el objeto del documento es propiamente la exteriorización del pensamiento y no los hechos pensados o imaginados, porque estos son a su vez, el objeto de ese pensamiento. (⁵⁹⁰)

⁵⁹⁰ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. II, pp. 514 y 515.

c).- Sujetos del Documento.

Considerando al documento como un medio de prueba, esto es, desde el punto de vista procesal, pueden distinguirse dos sujetos: el autor y el destinatario.

El autor debe ser entendido en sentido jurídico y no material, pues como advierte Camelutti, el autor no siempre es la persona que materialmente lo crea, es decir, su elaborador, sino la persona a quien jurídicamente se le atribuye, como ocurre en el caso de las escrituras públicas, porque el notario al documentar un contrato, sólo hace constar la comparecencia de las partes, sus declaraciones, el lugar, la fecha en la cual concurrieron, dando fe de todo ello, pero las partes son en realidad los autores intelectuales del documento y los sujetos del mismo. (⁵⁹¹)

Por ello, interesa saber por quién fue elaborado el documento, pues precisamente este aspecto permite su clasificación en autógrafos y heterógrafos. Los primeros, son aquellos escritos de propia mano por su autor jurídico o dicho de otra forma siguiendo a Camelutti, la escritura posee una función comunicativa mientras el pensamiento posee una función certificativa, entonces cuando a la vez se conjugan en una persona ambas funciones y al mismo tiempo que se manifiesta el pensamiento se forma el documento, se está ante la presencia de un documento autógrafo. (⁵⁹²)

Los documentos heterógrafos son aquellos que son obra de un tercero, es decir, son documentos cuya nota esencial consiste en no haber sido formados por quien realiza el hecho documentado, tal como ocurre en el caso de las escrituras públicas elaboradas por los notarios. (⁵⁹³) Este aspecto consistente en determinar quiénes son los sujetos del documento, tiene mucha importancia, porque se encuentra directamente relacionado con los efectos probatorios de los mismos.

⁵⁹¹ Cfr. Francesco Camelutti, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

⁵⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 164.

⁵⁹³ Cfr. *Ibidem*, p. 163.

Por otra parte, en cuanto al destinatario del documento, es preciso distinguir dos situaciones, pues mientras el documento cumpla una función extraprocesal, como podría ser el servir de título para el cobro de una suma de dinero (pagaré o una letra de cambio), o para la justificación de una situación jurídica (escritura pública de propiedad de un inmueble o la partida civil de nacimiento o matrimonio), su destinatario es la persona a quien está dirigido o ante quien se hace valer. (⁵⁹⁴)

Pero, cuando el documento es aducido como prueba en un proceso, su destinatario, como en el caso de todas las pruebas aportadas al proceso, es el juez, quien deberá valorarlo y otorgarle el mérito probatorio que considere de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia. Por tanto, el único sujeto destinatario procesal de toda clase de documentos es el juez, aunque puedan existir diversos destinatarios extraprocesales. (⁵⁹⁵)

Finalmente, es importante advertir que extraprocesalmente puede hablarse de sujeto pasivo del documento para referirse a la persona vinculada por él, en cambio procesalmente es más exacto hablar de sujeto contradictor del documento, para señalar a la parte contra la cual se aduce como prueba, en vez de sujeto pasivo, porque toda prueba está dirigida al juzgador y el contradictor en realidad es un sujeto activo, quien además de desplegar una actividad probatoria en juicio, tiene la aptitud a través del derecho de defensa que le asiste, de impugnar cualquier documento aducido en su contra. (⁵⁹⁶)

d).- Clases de Documentos.

En este apartado, sólo haré referencia a la clasificación más importante y a la exclusivamente válida cuando la manifestación de este medio probatorio es en forma escrita, esto es, a su distinción entre documentos públicos y privados. Dicha diferencia, atiende a la naturaleza de las personas que intervienen en los mismos,

⁵⁹⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 517.

⁵⁹⁵ Cfr. *Idem*

⁵⁹⁶ Cfr. *Idem*.

pues ello les confiere un diferente tratamiento y sobretodo una eficacia probatoria también distinta, como se verá más adelante.

d1).- Documentos públicos.

Los documentos públicos:

"...son los otorgados por autoridades o funcionarios públicos dentro de los límites de sus atribuciones o por personas investidas de fe pública dentro del ámbito de su competencia en forma legal." (⁵⁹⁷)

En nuestra Legislación civil, el artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, determina que son documentos públicos:

- I. Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;
- II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones;
- III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del gobierno federal, de los Estados, de los Ayuntamientos o del Distrito Federal;
- IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;
- V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;
- VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;
- VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociados, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el gobierno Federal o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren;
- VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie;
- IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio;
- X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley."

⁵⁹⁷ Rafael De Pina. *op. cit.*, p. 170.

De acuerdo con el precepto antes transcrito, los documentos públicos pueden agruparse en cuatro subespecies: los notariales, expedidos y autorizados por notario público; administrativos, expedidos por funcionarios públicos del orden administrativo en el ejercicio de su cargo y dentro del límite de sus atribuciones legales; judiciales, aquellos derivados del ejercicio de la función judicial y registrales, aquellos expedidos por las dependencias encargadas de llevar el registro de determinados actos o hechos jurídicos. (⁵⁹⁸)

Documentos notariales

Los documentos notariales son aquellos expedidos y autorizados por notario público y a su vez son clasificados en: escrituras y actas, de conformidad con los artículos 60 y 82 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1980, tal como sigue:

“Artículo 60.- Para los efectos de esta ley, se entiende por escritura cualquiera de los siguientes instrumentos públicos:

I. El original que el notario asiente en el libro autorizado, conforme al artículo 46 de este ordenamiento, para hacer constar un acto jurídico, y que contenga las firmas de los comparecientes y la firma y sello del notario.

II. El original que se integre por el documento en que se consigne el acto jurídico de que se trate, y por un extracto de éste que contenga sus elementos esenciales y se asiente en el libro autorizado.

El documento deberá llenar las formalidades que señala este capítulo, ser firmado en cada una de sus hojas y al final por los comparecientes y el notario; llevar el sello de éste en los expresados lugares, y agregarse al apéndice con sus anexos.

El extracto hará mención del número de hojas de que se compone el documento, y la relación completa de sus anexos y será firmado por los comparecientes y el notario.

La autorización definitiva y las anotaciones marginales se harán sólo en el libro de protocolo.”

“Artículo 82.- Acta notarial es el instrumento original en el que el notario hace constar bajo su fe uno o varios hechos presenciados por él, y que éste asienta en un libro de protocolo a su cargo a solicitud de parte interesada y que autoriza mediante su firma y sello.”

⁵⁹⁸ Cfr. José Ovalle Favela, *op. cit.*, pp. 129-131 ; Rafael De Pina, *op. cit.*, p. 170.

De este modo, por escritura se entiende el instrumento original que el notario asienta en el protocolo a su cargo, en forma íntegra o extractada para hacer constar un acto jurídico, debiendo contener las firmas de los comparecientes y la firma y sello de dicho fedatario público. Por otro lado, el acta es el instrumento original en el cual el notario hace constar bajo su fe en el protocolo, uno o varios hechos presenciados por él, a solicitud de parte interesada, autorizándolos mediante su firma y sello.

Con relación a las actas, cabe señalar el contenido del artículo 84 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, porque en dicho precepto se precisan los hechos que el notario debe consignar en las actas.

“Artículo 84.- Entre los hechos que debe consignar el notario en actas, se encuentran los siguientes:

- I. Notificaciones, interpelaciones, requerimientos, protestos de documentos mercantiles y otras diligencias en las que pueda intervenir el notario según las leyes;
- II. La existencia, identidad, capacidad legal y comprobación de firmas de personas identificadas por el notario;
- III. Hechos materiales, como el deterioro en una finca por construcción de otra en terreno contiguo o próximo a la primera;
- IV. Derogada (D.O.F. 6 de enero de 1994);
- V. La existencia y detalles de planos, fotografías y otros documentos;
- VI. Entrega de documentos;
- VII. Declaraciones de una o más personas que, bajo protesta de decir verdad, efectúen respecto de hechos que les consten, propios o de quien solicite la diligencia, y
- VIII. En general, toda clase de hechos, abstenciones, estados y situaciones que guarden las personas y cosas que puedan ser apreciadas objetivamente.”

Por otra parte, en cuanto a la forma como deben ser asentadas por el notario público, las escrituras y actas una vez realizadas y autorizadas, el artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, determina que las mismas se asentarán en el protocolo, es decir, en el conjunto de libros autorizados, en los cuales dicho fedatario público hace constar los actos y hechos jurídicos otorgados ante su fe.

Es por eso, que el notario no entrega los originales de esos actos y hechos jurídicos a los interesados, sino más bien con fundamento en el artículo 93 del Ordenamiento jurídico citado, extiende testimonios, esto es, copias en las cuales se transcribe íntegramente una escritura o acta notarial, incluyendo los documentos anexos en el apéndice, todos ellos debidamente firmados y sellados.

Normalmente, lo que las partes presentan como prueba documental notarial en el proceso, son los testimonios de las escrituras o de las actas. Aunque también pueden presentar copias certificadas de esos testimonios, expedidas por los mismos notarios o por otros funcionarios públicos dotados de fe pública, como son los secretarios de acuerdos.

Documentos administrativos

Los documentos administrativos son aquellos expedidos por funcionarios públicos del orden administrativo, en el ejercicio de su cargo y dentro del límite de sus atribuciones legales.

Los documentos administrativos sólo serán públicos, cuando sean expedidos por funcionarios públicos del orden administrativo, en ejercicio de sus atribuciones legales, porque no basta el que sean expedidos por dichos funcionarios públicos sobre asuntos ajenos a sus funciones, pues en ese caso, no serán considerados documentos públicos. (⁵⁹⁹)

Actuaciones judiciales

Bajo la expresión actuaciones judiciales, se comprenden todos los actos jurídicos realizados por cualquier tribunal, dentro de un procedimiento judicial y respecto de los cuales queda constancia en el expediente respectivo: En este rubro, es preciso no confundir las actuaciones judiciales con todo el expediente del proceso, pues

⁵⁹⁹ Cfr. José Ovalle Favela, *op. cit.*, p. 130.

aquellas sólo se integran por los actos jurídicos en los cuales interviene el tribunal, es decir, todos sus actos, diligencias y resoluciones. (⁶⁰⁰)

En el artículo 296 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se determina que las constancias de autos del mismo juicio se tomarán como prueba, aunque no se ofrezcan como tal. Cuestión distinta ocurre, si se trata de actuaciones judiciales de otro juicio, porque en este caso, si será necesario ofrecerlas como prueba, solicitando copia certificada de las mismas al juzgado donde se estén llevando a cabo.

Constancias registrales

Las constancias registrales son todos aquellos documentos expedidos por las dependencias encargadas de llevar el registro de determinados actos o hechos jurídicos, como por ejemplo: el Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, el Registro Civil u otras dependencias, entre cuyas facultades se encuentre la expedición de constancias o certificaciones acerca de los registros que realizan.

Todos estos documentos públicos agrupados en las cuatro subespecies anteriores, que se encuentran a su vez precisados en el artículos 327 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, tienen por regla general y de acuerdo con el artículo 403 del mismo Ordenamiento jurídico, valor probatorio pleno, salvo que se demuestre su falsedad por otros medios probatorios.

⁶⁰⁰ Cfr. José Ovalle Faveia. *op cit.*, p. 129.

d2).- Documentos privados.

Para Devis Echandía,

“Es documento privado el que no tiene carácter de público...” (⁶⁰¹)

En este sentido, Gómez de Liaño anota:

“Son los que se formalizan entre particulares, sin la intervención de funcionario público, así como las escrituras defectuosas por incompetencia del notario o por otra falta de forma si estuviese firmada por los otorgantes...” (⁶⁰²)

Por su parte, Mateos Alarcón señala:

“Se llaman documentos privados aquellos que se otorgan entre particulares sin la intervención de ningún funcionario público, en los que se hacen constar los actos jurídicos que celebran, para cuya existencia y eficacia no es necesaria ninguna solemnidad de forma.” (⁶⁰³)

Comúnmente, los documentos privados son definidos por exclusión respecto de los públicos, destacándose entre sus características: la ausencia de formalidades concretas; la suscripción de los mismos entre particulares y sin la intervención de un funcionario público. De estos requisitos, sólo el último es referido en el artículo 334 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, ya que dicho precepto enuncia de manera insuficiente, cuales son los documentos privados, señalando a la letra:

“Son documentos privados los vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribanos o funcionario competente.”

Los documentos privados a diferencia de los públicos que tienen valor probatorio pleno, deben haber sido reconocidos como auténticos y legítimos por la contraparte, a efecto de tener eficacia probatoria. De acuerdo con el artículo 335

⁶⁰¹ Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, p. 551.

⁶⁰² Fernando Gómez de Liaño González, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁰³ Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 123.

de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, el reconocimiento puede ser expreso o tácito.

El reconocimiento expreso del documento privado, puede exigirse a petición de la parte interesada o a requerimiento del juzgador y sólo podrá hacerlo el que lo firma, lo mandó extender o su legítimo representante con cláusula o poder especial. El procedimiento para llevar a cabo dicho reconocimiento, se hará siguiendo las reglas de la prueba confesional, debiendo mostrarlo a quien deba reconocerlo, en todo su contenido y no sólo en la firma.

El reconocimiento tácito del documento privado, tiene lugar cuando en el juicio se presenta por vía de prueba y la parte contraria no lo objeta, en cuyo caso, se tendrá por admitido y surtirá sus efectos como si hubiera sido reconocido expresamente. La objeción de los documentos en cuanto a su alcance y valor probatorio, deberá promoverse por las partes dentro de los tres días siguientes a aquel en que surta efectos, la notificación del auto en el cual se ordene su recepción, según lo establecido en el artículo 340 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

e).- Ofrecimiento de la Prueba Documental.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 95 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la prueba documental debe ofrecerse desde el momento de la presentación de la demanda, acompañando a ésta los documentos en los cuales el actor funda su acción e igualmente, el demandado al dar contestación a la misma debe presentar aquellos documentos en los que funde sus excepciones. Si no los tuvieren a su disposición, acreditarán haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo o lugar donde se encuentren los originales, a efecto de que se expida a su costa certificación de ellos.

Se entenderá que las partes tienen a su disposición los documentos, cuando legalmente puedan pedir copia autorizada de los originales y exista el deber jurídico de expedírselos. Pero, si las partes no tienen la posibilidad de presentar los documentos en los cuales funden sus acciones o excepciones, declararán bajo protesta de decir verdad, la causa por la que no pueden presentarlos. En vista a dicha manifestación, el juez si lo estima procedente, ordenará a la autoridad responsable de la expedición de dicho documento solicitado por el interesado, su extensión a su costa, apercibiéndola con la imposición de alguna medida de apremio autorizada por la ley.

De no cumplir las partes con alguno de los requisitos anteriores, no se les recibirán las pruebas documentales que no obren en su poder al presentar la demanda o contestación, como tampoco si en esos escritos se dejan de identificar esas documentales, a efecto de poder ser exigidas oportunamente por el tribunal.

Por tanto, con fundamento en los artículos 97 último párrafo y 98 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, después de la demanda y contestación, sólo serán admisibles al actor y al demandado:

- 1.- Los documentos que les sirvan de pruebas contra excepciones o contra acciones alegadas en lo principal o reconventional;
- 2.- Los que importen cuestiones supervenientes o impugnación de pruebas de la contraria;
- 3.- Los que fueren de fecha posterior a la presentación de la demanda o a la contestación;
- 4.- Los documentos que aunque fueren anteriores, las partes bajo protesta de decir verdad, aseveren no haber tenido antes conocimiento de su existencia;

5.- Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas inimputables a la parte interesada, es decir, cuando se demuestre haberlos solicitado oportunamente al protocolo o archivo público correspondiente y dicha dependencia no los hubiera expedido.

De todos estos documentos presentados después de los escritos de demanda y contestación, se dará traslado a la otra parte para que dentro del tercer día manifieste lo que a su derecho convenga.

Una vez concluido el desahogo de las pruebas, a ninguna parte se le admitirá documento alguno, debiendo el juez repeler de oficio todos aquellos que se presenten, mandando devolverlos a la parte oferente, sin ulterior recurso y sin agregarlos en ningún caso al expediente.

f).- Impugnación de la Prueba Documental.

Tanto los documentos públicos como los documentos privados pueden ser impugnados por inexactitud o falsedad, pero dependiendo del tipo de documento de que se trate, los efectos serán distintos en cuanto a la carga de la prueba y al valor probatorio.

Con relación a los documentos públicos, los artículos 333 y 386 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señalan que en el caso de que la parte a quien perjudiquen decida impugnarlos por inexactitud o falsedad, necesariamente deberá indicar los motivos y las pruebas con las cuales pretenda probar dicha impugnación.

Aunque también en este caso, el juez decretará el cotejo del documento impugnado con los protocolos y archivos donde se encuentre el original, para lo cual señalará previamente el día y la hora de esta diligencia, misma que será practicada por el secretario de acuerdos en presencia de las partes, si

concurrieran, constituyéndose al efecto en el archivo o local donde los mismos se hallen.

Asimismo, los artículos 341 y 386 *in fine* de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, determinan que si el documento público no puede ser cotejado con ningún protocolo o archivo, deberán señalarse los documentos indubitables para el cotejo, o bien, se deberá promover la prueba pericial correspondiente, pues sin estos requisitos se tiene por no impugnado el instrumento.

Al respecto, se consideran documentos indubitables para el cotejo, de acuerdo con el artículo 343 del Ordenamiento jurídico citado, los siguientes:

- I. Los documentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo;
- II. Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa;
- III. Los documentos cuya letra o firma ha sido judicialmente declarada propia de aquél a quien se atribuye la dudosa;
- IV. El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique;
- V. Las firmas puestas en actuaciones judiciales, en presencia del Secretario del Tribunal por la parte cuya firma o letra se trata de comprobar.”

Por último, en cuanto a la impugnación del documento público, ya sea por inexactitud o falsedad, cabe decir que la carga de la prueba corresponde siempre al impugnador del mismo y de no probarse los motivos de dicha impugnación, el documento público conservará su fuerza probatoria.

En otro orden de ideas, tratándose de documentos privados, ya decía que de acuerdo con el artículo 335 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, éstos sólo tienen valor probatorio cuando son reconocidos expresa o tácitamente. Por ello, en caso de ser objetados por la contraria, con indicación expresa de los motivos específicos en los cuales basa su objeción, corresponderá a la parte oferente, la carga de probar su autenticidad mediante la prueba pericial pertinente. En caso de que la parte oferente no logre probar la autenticidad del documento privado objetado, éste carecerá de fuerza probatoria.

El procedimiento de impugnación de los documentos públicos o privados, ya sea en cuanto a su autenticidad o falsedad, se encuentra dispuesto en el artículo 386 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal. Dicho precepto, señala que el momento procesal oportuno para efectuar la impugnación, es desde la contestación de la demanda hasta seis días antes de la celebración de la audiencia de pruebas y alegatos.

Una vez presentada la impugnación, se correrá traslado al colitigante, a efecto de que en la audiencia del juicio se presenten las pruebas y contrapruebas relativas a la impugnación. Respecto de ésta, el juzgador sólo podrá decidir la fuerza probatoria del documento impugnado, con relación a los hechos discutidos en el juicio civil, sin hacer otro tipo de declaración sobre ese instrumento y sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiere lugar.

El motivo por el cual, el juez civil no puede hacer declaración alguna que afecte al instrumento, debiendo centrarse en resolver acerca de la fuerza probatoria del documento impugnado, en relación con los hechos discutidos en el juicio civil, atiende a la competencia del juez penal, para resolver lo relativo a la falsedad general del documento, pues este hecho puede ser constitutivo de delito, tal como se desprende del artículo 339 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal:

“Al que para obtener un beneficio o causar un daño, falsifique o altere un documento público o privado, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cien a mil días multa, tratándose de documentos públicos y de seis meses a tres años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa, tratándose de documentos privados. Las mismas penas se impondrán al que, con los fines a que se refiere el párrafo anterior, haga uso de un documento falso o alterado o haga uso indebido de un documento verdadero, expedido a favor de otro, como si hubiere sido expedido a su nombre, o aproveche indebidamente una firma o rúbrica en blanco.”

Pero, además de esto, el mismo artículo 386 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, en su último párrafo señala que si en el momento de la celebración de la audiencia, se tramitare proceso penal sobre la falsedad del documento en cuestión, el tribunal civil sin suspender el procedimiento y según las

circunstancias, determinará al dictar sentencia si se reservan los derechos del impugnador para el caso de demostrarse penalmente la falsedad, o bien, si se subordina la eficacia ejecutiva de la sentencia a la prestación de una caución.

g).- La Prueba Documental en los Juicios de Filiación.

La prueba documental en los juicios de filiación es muy importante en virtud de que el artículo 340 del Código Civil para el Distrito Federal, determina que la filiación de los descendientes se prueba con el acta de nacimiento, cuya naturaleza jurídica es la de documento público, según lo dispuesto en el artículo 327 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Evidentemente, este aspecto determina también la importancia del Registro Civil, ya que, ésta institución tiene por objeto autorizar e inscribir los actos del estado civil de las personas.

Así, ante el juez del Registro Civil se deben declarar los nacimientos y realizar los reconocimientos, distinguiendo cada uno porque se trata de cuestiones distintas, dado que la declaración de nacimiento, sólo tiene por objeto hacer del conocimiento de dicho funcionario el nacimiento de un menor, mientras el reconocimiento tiene como objetivo, la determinación de su filiación paterna o materna o de ambas. Aunque es posible verificar en el mismo acto, la declaración del nacimiento y el reconocimiento respectivo, como se verá más adelante.

En principio, el artículo 54 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, determina que las declaraciones de nacimiento, se harán presentando al menor ante el juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido, acompañando su certificado de nacimiento, el cual deberá ser suscrito, ya sea por médico autorizado para el ejercicio de su profesión o por la persona que haya asistido el parto, conforme al formato expedido por el Distrito Federal a través de su Secretario de Salud.

La presentación del certificado de nacimiento ante el Registro Civil, reviste especial importancia, porque el mismo hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y la maternidad, aunque si no se cuenta con él, el declarante deberá presentar constancia del parto. Pero, si quienes declaran el nacimiento omiten presentar tanto el certificado de nacimiento como la constancia del parto, la oficina registral dará vista de estos hechos al Ministerio Público.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 55 del Ordenamiento jurídico citado, el deber jurídico de declarar el nacimiento corresponde al padre y a la madre o a cualquiera de ellos, aunque a falta de éstos ese deber recae en los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendentes en tercer grado, debiendo todos ellos cumplirla dentro de los seis meses siguientes a la fecha en la cual tuvo verificativo dicho nacimiento.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 58 del Código Civil para el Distrito Federal, el acta de nacimiento se levantará insertando los siguientes datos: el día, la hora, el lugar del nacimiento, el sexo del menor, la razón de si se ha sido presentado vivo o muerto, el nombre o nombres propios y los apellidos paterno y materno que le correspondan, lo cual dependerá de la existencia de vínculo matrimonial entre sus progenitores, porque de lo contrario, la inserción de los apellidos correspondientes al menor estará condicionada a la comparecencia de los mismos. En este caso, si los dos comparecen, se asentarán los apellidos paternos de ambos, pero si sólo comparece uno de ellos, deberán asentarse los dos apellidos de quien lo reconozca, debiendo seguirse este mismo criterio en cuanto a la constancia del nombre de los abuelos.

En el levantamiento del acta de nacimiento, el juez del Registro Civil debe ser muy cuidadoso en cuanto a las declaraciones de los comparecientes a tal acto, porque de acuerdo con el artículo 69 de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal, está prohibido hacer cualquier inquisición sobre la paternidad. Al respecto, es importante recordar que la filiación de los descendientes nacidos dentro del

matrimonio, podrá ser declarada por cualquiera de los dos cónyuges, con la simple presentación del acta de su matrimonio, cuestión que no ocurre en el caso de los descendientes habidos fuera de dicha institución, pues las únicas formas de establecer la filiación extramatrimonial son: el reconocimiento voluntario; la imputación de paternidad o maternidad, a través del juicio de investigación respectivo y el concubinato, cuya existencia, inicio y en su caso terminación deben probarse, a efecto de hacer valer las presunciones contenidas en el artículo 383 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal.

Por ello, es evidente que el artículo 69 de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal, se refiere a los casos de filiación extramatrimonial, en los cuales está prohibido hacer inquisición de la paternidad. Al respecto, supongo que el legislador prohíbe únicamente la inquisición de la paternidad y no también la de la maternidad, porque quienes presenten al menor necesariamente deberán exhibir el certificado de nacimiento o la constancia del parto, en la cual se comprueban el día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y la maternidad del mismo.

De no ser por ese requisito, se estaría ante un distinto tratamiento legal de los progenitores y en un favoritismo para el padre, aun cuando desde el punto de vista jurídico, el hombre y la mujer son iguales ante la ley, como lo reconoce el artículo cuarto de nuestra Carta Magna.

Por otra parte, la misma Ley sustantiva civil del Distrito Federal previendo la actualización de otras posibles circunstancias en el levantamiento de las actas de nacimiento, determina en el mismo artículo 58, que en caso de desconocerse el nombre de los progenitores, el juez del Registro Civil le pondrá al presentado nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta y en el supuesto de un nacimiento ocurrido en un establecimiento de reclusión del Distrito Federal, se deberá asentar como domicilio del nacido, el señalado por sus progenitores o por quienes comparezcan.

En cuanto a los expósitos, los artículos 65 y 66 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, vinculan a toda persona a presentar y declarar ante el Ministerio Público sobre el hallazgo de algún recién nacido, en cuya casa o propiedad fuere expuesto, debiendo señalar el día y lugar donde lo hubiere hallado, así como todas las circunstancias de dicho hallazgo, acompañando los vestidos, valores o cualesquiera otros objetos encontrados con él, para que a su vez el Ministerio Público dé aviso de tal situación al juez del Registro Civil, para los efectos correspondientes. En este mismo deber jurídico se encuentran los jefes, directores o administradores de los establecimientos de reclusión, hospitales, casas de maternidad e inclusas.

Las actas levantadas en estos casos, deberán expresar específicamente todas las circunstancias del hallazgo del expósito, su edad aparente, sexo, nombre y apellidos que se le pongan, así como el nombre de la persona o casa de expósitos encargada de él. Además, si con el expósito se hubieren encontrado papeles, alhajas u otros objetos con los cuales pueda ser reconocido, el juez del Registro Civil, ordenará su depósito ante el Ministerio Público respectivo, mencionándolos en el acta y dando formal recibo de ellos a quien recoja al menor.

Hasta ahora, me he referido a la forma como deben levantarse las actas de nacimiento en varios supuestos, por eso importa poner de relieve que una vez cumplidos los requisitos mencionados con anterioridad, dichas actas harán prueba plena, sin perjuicio de poder ser impugnadas con posterioridad.

En otro orden de ideas, cabe destacar que al principio de este apartado enfatice en la distinción entre la declaración de un nacimiento y el reconocimiento, pues la primera sólo tiene por objeto hacer del conocimiento del juez del Registro Civil, el nacimiento de un menor, mientras el segundo tiene como objetivo, la determinación de su filiación paterna o materna o de ambas, pudiéndose dar el caso de que al mismo tiempo de la declaración del nacimiento, se efectúe el

reconocimiento, en cuyo caso, el acta de nacimiento dará fe tanto del nacimiento del presentado como de su filiación paterna o materna o de ambas.

Además, ya decía que en el caso de los descendientes habidos durante el matrimonio, no se requiere el reconocimiento de ambos progenitores, si estos son presentados por alguno de los cónyuges, adjuntando a esa presentación el acta de matrimonio respectiva. Lo contrario, ocurre en el supuesto de los descendientes habidos fuera de la institución matrimonial, pues en tal caso, si es necesario el reconocimiento expreso de cada uno de los progenitores.

Por eso, ahora me avocaré a las formas como puede hacerse dicho reconocimiento, citando para ello, lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal:

“El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;

II. Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escritura pública;

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa.

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

A continuación, me referiré cada uno de estos títulos de determinación legal de la filiación extramatrimonial, exceptuando el primero de ellos, en virtud de haberlo abordado ya con anterioridad.

- El reconocimiento por acta especial ante el juez del Registro Civil.

El reconocimiento por acta especial ante el mismo juez, tiene lugar cuando el mismo no fue realizado en el acta de nacimiento. En este sentido, los artículos 78 y 82 del Código Civil para el Distrito Federal, determinan:

“Artículo 78.- En el caso de reconocimiento hecho con posterioridad al registro, se harán las anotaciones correspondientes en el acta de nacimiento original y deberá levantarse nueva acta de nacimiento en términos de lo dispuesto por el artículo 82.”

“Artículo 82.- En el acta de nacimiento originaria se harán las anotaciones correspondientes al reconocimiento, la cual quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna salvo mandamiento judicial.”

De conformidad con estos preceptos, el reconocimiento hecho con posterioridad al registro, deberá plasmarse en el acta de nacimiento original, debiéndose levantar una nueva acta de nacimiento, quedando la primera en resguardo del Registro Civil, el cual sólo podrá expedir constancias de la misma bajo mandamiento judicial.

En el caso de que el reconocimiento se realice por alguno de los otros medios establecidos en el artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal, es decir, si se realiza mediante escritura pública, testamento o confesión judicial directa y expresa, será necesario presentar dentro del término de quince días ante el Juez del Registro Civil, el original o copia certificada de los documentos donde obre tal reconocimiento, a efecto de hacer la anotación respectiva en el acta original y proceder a levantar una nueva acta de nacimiento.

- El reconocimiento por escritura pública.

En otro apartado del presente trabajo de investigación, advertí que por las consecuencias legales del reconocimiento, el legislador exige la autenticidad del documento en el cual se realiza. Pero, enfatiqué lo exagerado de limitarlo únicamente a la escritura pública, pues lo recomendable es permitirlo también en cualquier otro documento público, siempre y cuando aquél reúna los requisitos exigidos para ser considerado como tal.

En todo caso, el reconocimiento realizado a través de cualquier documento público puede contemplar tres supuestos: Primero, que el documento se haya otorgado con la exclusiva finalidad de reconocer la filiación. Segundo, el documento cuya

finalidad es contener un acto jurídico distinto del reconocimiento y se aprovecha para efectuar con voluntad, un reconocimiento con la debida forma. Tercero, el documento en el cual se contiene un acto jurídico distinto e incidentalmente y sin intención de realizar el reconocimiento, se declara la paternidad o maternidad de una persona respecto de otra.

Aun cuando, el reconocimiento efectuado en los dos primeros supuestos sea directo y el tercero sea incidental, todos ellos son válidos, independientemente de si la finalidad del documento fue o no la de realizarlo, porque lo importante es que el documento público pueda servir de título legal para la determinación de la filiación.

- El reconocimiento por testamento.

El artículo 369 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, no distingue la forma testamentaria mediante la cual debe realizarse el reconocimiento. Por ello, lo obligado es preguntarse, si cualquier testamento es apto para reconocer la filiación o si necesariamente, sólo debe efectuarse en testamento público abierto, testamento público cerrado o en testamento público simplificado, por ser estos documentos públicos desde su otorgamiento.

Al respecto, autores como Quicios Molina opinan que el reconocimiento testamentario, sólo es válido como título de determinación legal de la filiación, mientras obre en un documento público, porque aun cuando el legislador no distingue expresamente la forma testamentaria para realizarlo, indirectamente lo relaciona con otra forma de reconocimiento, como es el documento público, al cual a su vez limita a la escritura pública, con la finalidad de cerciorarse de su autenticidad. (⁶⁰⁴)

⁶⁰⁴ Cfr. María Susana Quicios Molina, *op.cit.*, pp. 60-63.

Sin embargo, considero que esta interpretación es incorrecta, pues la falta de fedatario público en el momento del otorgamiento del testamento, como en el caso del ológrafo, no es razón para dudar de la autenticidad del reconocimiento en él contenido. En primer lugar, porque compete a la autoridad judicial declarar la validez del mismo (la cual una vez declarada lo convierte en documento público) Y en segundo lugar, porque del artículo 367 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, se desprende que el reconocimiento subsiste incluso cuando el testamento se revoque.

En mi opinión, el criterio tendiente a limitar las formas testamentarias para efectuar un reconocimiento, a los testamentos que se consideran públicos desde su otorgamiento, sólo perjudica el derecho de los descendientes a la determinación de su filiación, porque si la misma ley no distingue el tipo de testamento apto para la realización del reconocimiento, no hay razón para restringir dicha forma testamentaria.

- El reconocimiento por confesión judicial directa y expresa.

Como la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, no distingue el tipo de juez ni los casos en los cuales debe hacerse el reconocimiento judicial, diré que puede hacerse ante cualquier juzgador, independientemente de sí el acto en el cual se efectuó tenía ese objeto o no, pues lo importante es que la manifestación de la voluntad sea espontánea, expresa y directa.

Más bien en este caso, es preciso hablar de los sujetos que intervienen en el reconocimiento y a su capacidad. En primer lugar, son sujetos activos de dicho acto jurídico, el padre y la madre, mientras el hijo o la hija es sujeto pasivo. Por otra parte, con relación al segundo aspecto, en principio pueden reconocer a sus descendientes menores de edad, los progenitores con capacidad natural y legal, quienes además deberán tener la edad exigida por la ley para contraer matrimonio. (18 años)

Asimismo, la ley establece una limitación en cuanto a la situación jurídica familiar de la madre, pues de acuerdo con el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal, el descendiente de una mujer casada no podrá ser reconocido por otro hombre distinto al marido, en virtud de las presunciones de filiación de los descendientes nacidos dentro del matrimonio, a menos que el padre lo haya desconocido o cuando por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo. Esto no ocurre en el caso del padre, quien siendo casado o soltero puede reconocer a un descendiente fuera de matrimonio.

Al respecto, cabría preguntarse el motivo por el cual sólo se permite al padre casado, el reconocimiento de un descendiente habido fuera de su matrimonio, si tan adúltero es él como la madre casada, quien lo engendra con una persona distinta al marido. En este sentido, Colin y Capitant señalan que en caso de la mujer casada,

“El adulterio no hace desaparecer en derecho de manera inmediata la presunción *Pater is est quem justae nuptiae demostrant*. De hecho no hace desaparecer todas las relaciones entre la mujer culpable y su marido. Si éste se abstiene de denegar al hijo (y con frecuencia no le será posible la denegación).” Además, destacan que dicho hijo tiene derecho a no sufrir la confusión de haber nacido durante el matrimonio cuya fe fue violada. (⁶⁰⁵)

Así, la prohibición de reconocer al descendiente de la mujer casada por otro hombre distinto del marido, está íntimamente relacionada con las presunciones de filiación matrimonial, en las que se prevé que cualquier descendiente procreado durante la existencia del vínculo matrimonial, tiene como padre al marido de la madre.

Por otra parte, con relación a la edad exigida por la ley para la reaiización del reconocimiento, cabe destacar que los menores de edad también pueden ser sujetos activos del reconocimiento, pero para ello, requieren de la autorización de quien o quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad o la conformidad de la

⁶⁰⁵ Ambrosio Colin y H. Capitant, *op. cit.*, pp. 593 y 599.

persona bajo cuya tutela se encuentren y a falta de cualquiera de ellas, requerirán autorización judicial.

Con relación al reconocimiento de los mayores de edad, el artículo 375 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que no podrán ser reconocidos sin su conformidad, salvo cuando sean reconocidos por testamento. De igual forma, tampoco podrá reconocerse al menor o al sujeto a estado de interdicción, sin la anuencia de su tutor, si lo tiene o el del tutor nombrado por el juez familiar especialmente para el caso.

Así, una vez señaladas las formas como debe hacerse el reconocimiento, a manera de conclusión puedo decir que de conformidad con los artículos 340 y 369 del Código Civil para el Distrito Federal, la prueba documental de la filiación debe estar integrada siempre por documentos públicos, en principio por la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil, o bien, por el acta especial levantada ante el mismo juez del Registro Civil; por escritura pública; por testamento o por confesión judicial directa y expresa, debiendo hacer la inscripción de estos últimos en el acta de nacimiento y particularmente, de la parte relativa a donde obre el reconocimiento.

Fuera de dichos documentos públicos, el mismo artículo 369 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal en su último párrafo, señala que el reconocimiento practicado de manera diferente a los enumerados, no producirá ningún efecto, pero podrá ser utilizado como indicio en los juicios de investigación de paternidad o maternidad.

E.- Indicios.

a).- Concepto.

La voz latina *indicium* es una derivación de *indicere*, cuyo significado es indicar, hacer conocer algo. Por eso, para Devis Echandía, el indicio es:

“...un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.” (⁶⁰⁶)

En opinión de Dellepiane, el indicio

“Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y en general, todo hecho conocido o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido.” (⁶⁰⁷)

Para Carnelutti, el indicio es fuente de prueba porque no se trata en sí de un hecho, más bien se convierte en tal, cuando una regla de la experiencia lo vincula con el hecho a probar, en una relación lógica que permita deducir la existencia o inexistencia de éste. Por ello, su función probatoria es meramente accidental y surge por la eventualidad de esa relación con el hecho a probar. (⁶⁰⁸)

Con base en estas definiciones, es preciso considerar que el indicio es tanto una fuente de prueba, como un medio probatorio derivado de una relación lógica existente entre un hecho conocido y otro cuya pretensión es probar, mediante una operación mental lógica-crítica de quien lo valora, basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

⁶⁰⁶ Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 601.

⁶⁰⁷ Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁰⁸ *Cfr* Francesco Carnelutti, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

b).- Naturaleza de la Prueba de Indicios.

La prueba indiciaria tiene la peculiaridad de que a través de operaciones mentales, el juzgador deduce un hecho desconocido de otro conocido, lo cual ha repercutido algunas ocasiones en su reconocimiento como medio probatorio, sobretodo porque es difícil ubicarla dentro del sistema tradicional de las pruebas.

Entre quienes admiten el carácter de prueba de los indicios, se encuentran Sentís Melendo, Döhring, Dellepiane y Devís Echandía. El primero de estos autores sostiene que la prueba indiciaria no es sólo un medio de prueba, sino cualquier medio de prueba, porque sino merece la alabanza incondicional tampoco la excomunión mayor. Además, crítica a todos aquellos cuya pretensión es reducir su valor probatorio por considerarla una prueba indirecta, ya que está en desacuerdo con la visión de la plenitud y el carácter directo de los elementos probatorios, pues para él una vez examinado y valorado el indicio, éste será prueba o no será nada. (609)

Para Döhring, la prueba indiciaria es un medio probatorio especial de determinación de la verdad, a la cual se le ha reconocido poca importancia dentro del proceso civil, porque los juzgadores ni siquiera se percatan de la frecuencia y la facilidad con la que se sirven de la deducción por indicios, para sondear aspectos tales como: la voluntad de las partes en cuanto ésta sea dudosa, la agilidad para negociar, el genio arisco, el temperamento flemático de la persona implicada y muchos otros elementos fácticos, generalmente determinados sobre la base de los indicios. (610)

En este sentido, Dellepiane sostiene que los progresos científicos han sido determinantes para incrementar el prestigio de la prueba indiciaria, no sólo porque se ha acrecido el viejo arsenal de los indicios basados en conocimientos técnicos,

⁶⁰⁹ Cfr. Santiago Sentís Melendo, *op. cit.*, pp. 105, 106 y 108.

⁶¹⁰ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, p. 314.

sino por la inicial desconfianza inspirada por pruebas antes estimadas en alto grado como la testimonial y la literal, trayendo como consecuencia elevarla en la escala de los medios probatorios, hasta llegar a ocupar dentro de ellos un puesto preeminente, convirtiéndola en la prueba por excelencia, como alguna vez se dijo de la confesional. (⁶¹¹)

Por su parte, Devís Echandía califica a la prueba indiciaria como un medio probatorio crítico o lógico e indirecto por excelencia, ya que su función probatoria consiste en suministrarle al juzgador un hecho, del cual pueda inducir indirectamente y mediante razonamientos crítico-lógicos, fundados en normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, otro hecho desconocido cuya existencia se esté investigando. (⁶¹²)

Aun cuando, todos estos autores están de acuerdo en que los indicios son un medio de prueba, cada uno de ellos destaca de diferente manera su naturaleza e importancia. En cuanto a su naturaleza, las opiniones de Sentís Melendo y Devís Echandía son contrarias, pues mientras el primero se opone a la calificación de todos los medios probatorios en directos e indirectos, considerando que una vez analizados y valorados o son prueba o no lo son, el segundo, la califica como la prueba indirecta por excelencia, porque el juzgador nunca percibe el hecho investigado de manera expresa y directa, sino a través de su relación con otro hecho conocido, mediante una operación mental crítica-lógica.

De igual forma, con relación a su importancia, es posible observar en estos autores tres visiones diferentes, Dellepiane por ejemplo, la califica como la prueba por excelencia, mientras para Sentís Melendo no sólo es un medio de prueba sino cualquier medio de prueba y una visión intermedia entre las dos anteriores, la expresa Döhring, al destacar la poca importancia que se le ha reconocido dentro

⁶¹¹ Cfr. Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 56.

⁶¹² Cfr. Hernando Devís Echandía, *op. cit.*... T. II, p. 606.

del proceso civil, porque los juzgadores ni siquiera se han percatado de la frecuencia y la facilidad con la cual deducen por indicios.

c).- Diferencia entre Indicios y Presunciones.

La diferencia entre los indicios y las presunciones parte en principio de su distinto significado gramatical, pues de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Indicio es el

“Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido” y presunción la “acción y efecto de presumir”, debiéndose entender a su vez por el vocablo presumir, “Sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello.” (⁶¹³)

Gramaticalmente entonces, el indicio parte de una señal o de un hecho que da a conocer otro hecho oculto, mientras la presunción es la acción consistente en juzgar un hecho a partir de los indicios o las señales obtenidas para ese efecto. Por este motivo, primero debe existir el indicio, para luego presumir el hecho por esos indicios o señales obtenidas.

Doctrinalmente, esa distinción entre indicios y presunciones ha constituido uno de los temas más discutidos entre los juristas, porque mientras algunos como Planiol, Ripert, De Pina, Ovalle Favela, Mateos Alarcón, Gómez de Liaño y Paillas, señalan la identidad de ambas pruebas, otros como Dellepiane, Döhring, Eisner, Devis Echandía y Sentís Melendo, son firmes defensores de la tesis que distingue radicalmente los indicios de las presunciones. (⁶¹⁴)

⁶¹³ Real Academia Española, *Diccionario...op.cit.*, pp. 858 y 1241.

⁶¹⁴ *Cfr.* Marcelo Planiol y Georges Ripert, *op. cit.*, p. 599; Rafael De Pina, *op. cit.*, pp. 233-245; José Ovalle Favela, *op. cit.*, pp. 143-144; Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, pp. 307-309; Fernando Gómez de Liaño González, *op. cit.*, pp. 164 y 165; Enrique Paillas, *op. cit.*, pp. 195-205; Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 81; Erich Döhring, *op. cit.*, pp. 317 y 318; Isidoro Eisner, *op. cit.*, p. 91, Hernando Devis Echandía, *op. cit...T. II*, pp. 607-614; Santiago Sentís Melendo, *op. cit.*, p. 107.

En relación con ambas tesis, estoy a favor de la postura de este segundo grupo de doctrinarios, pues de acuerdo con Devis Echandía, quien mejor lo explica,

“El indicio es el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógica crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquél, otro hecho desconocido...” Por otra parte, la presunción es “...un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran los peritos), que le sirven al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera.” (⁶¹⁵)

Atendiendo a esta distinción, resulta que el indicio es una prueba y la presunción es la aplicación de las reglas de la experiencia del juzgador o de las reglas técnicas suministradas a éste por los peritos, para la apreciación del mérito o eficacia probatoria de cualquier prueba. Esta diferencia doctrinal, permite asimismo advertir la concordancia de los significados gramaticales y doctrinales de ambos conceptos.

Por este motivo, es importante poner de relieve la inadecuada regulación de la prueba indiciaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya que, además de no mencionársele se le equipara con la prueba presuncional, en la Sección IX, estructuralmente comprendida dentro del Título Sexto, Capítulo IV intitulada “De las presunciones”, en cuyo artículo 379 se señala:

“Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido...”

Lo establecido en este precepto es en realidad la definición de indicio y no la de presunción. Sin embargo, no se puede desconocer la vinculación existente entre ambos conceptos, porque evidentemente el indicio como hecho material, nada prueba, dicho hecho no puede escindirse de la operación lógica y del argumento probatorio, es decir, está vinculado a la regla de experiencia del juzgador, mediante la presunción humana, para deducir de aquél un argumento probatorio lógico-crítico.

⁶¹⁵ Hernando Devis Echandía. *op. cit.*...T. II, p. 613.

De ahí, que ambos conceptos no deban confundirse, pues la presunción es apenas un elemento de la operación lógica-crítica a través de la cual se va a valorar el indicio, es decir, para determinar el argumento probatorio que de él puede obtenerse. (⁶¹⁶)

d).- Clases de Indicios.

Propiamente, no es posible hablar de una clasificación de indicios, pues por estos se entienden todo hecho o toda circunstancia de hecho que sirva, por sí misma o junto con otros, para inducir la existencia o inexistencia de otro hecho o de otra situación, en virtud de la conexión lógica que entre aquél y éste encuentre el juzgador, basado en los principios o las nociones comunes de su cultura o las cuestiones técnicas proporcionadas por el dictamen pericial respectivo. (⁶¹⁷)

De ahí, que su número sea prácticamente ilimitado y ninguna clasificación pueda comprenderlos totalmente. No obstante, de manera general pueden ser clasificados de la siguiente forma:

d1).- Indicios anteriores, concomitantes y posteriores al hecho desconocido que se trata de verificar;

d2).- Indicios personales o subjetivos y reales o materiales, los primeros, son aquellos que se refieren a condiciones y modos de ser de una persona, tales como la capacidad intelectual, física y moral para el acto delictivo o un hecho de significación civil, mientras los segundos, son aquellos relativos a las características de las cosas, huellas, rastros o similares;

⁶¹⁶ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, p. 611.

⁶¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 616.

d3).- Indicios necesarios, según que uno sólo baste para producir el convencimiento, en razón de ser indispensables para conocer el hecho indicado, o bien, porque corresponden a una ley física inmutable de causalidad necesaria o contingente;

d4).- Indicios positivos y negativos, según concurren a indicar la existencia o inexistencia del hecho investigado o de la responsabilidad del imputado;

d5).- Indicios causales y de efectos, según concurren al acaecimiento del hecho investigado o signifiquen efectos del mismo. (⁶¹⁸)

e).- Importancia de la Prueba de Indicios.

La importancia de la prueba indiciaria ha sido objeto de diversos juicios, históricamente se le consideró un instrumento de averiguamiento sumamente inseguro e inferior, al reflexionarse que si se quería colgar a alguien, sería fácil hallar la soga en dicho medio probatorio. Hoy en día, la doctrina moderna la ha reivindicado en su correcta posición de prueba principal, al reconocerse su utilidad en todo tipo de procesos, gracias a la libertad otorgada a los juzgadores para valorarla conforme a las reglas de la psicología, de la lógica y de la experiencia, para formar por sí sola la convicción o certeza necesaria sobre los hechos investigados. (⁶¹⁹)

Ciertamente, es una prueba de difícil valoración que implica riesgos y peligros, haciendo necesaria la aplicación del máximo rigor crítico, pero bien manejada, los indicios permiten alcanzar no sólo una verosimilitud más o menos cuestionable, sino muchas veces certeza plena respecto de un determinado punto. De ahí, su

⁶¹⁸ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. II, pp. 616 y 617.

⁶¹⁹ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, p. 311; Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T II, p. 615.

trascendencia y necesidad en los procesos civiles, laborales, administrativos y sobretodo en los penales. (⁶²⁰)

Particularmente, en el proceso penal se le considera una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, porque sin ella quedarían impunes innumerables delitos. Sin embargo, en los procesos civiles se ha pretendido reducir su importancia, aunque su aplicación sea decisiva en muchos procedimientos, como por ejemplo: cuando se discute sobre la posesión de estado civil; el conocimiento o ignorancia de la ley; la intención de los contratantes cuando sus declaraciones son ambiguas; cuando debe determinarse si hubo mala fe o fraude; en todo lo relativo a la simulación de los actos jurídicos; cuando es indispensable determinar la existencia del consentimiento tácito, así como en lo referente a la posesión material de los bienes. (⁶²¹)

En la actualidad, con el progreso de las técnicas modernas de investigación de huellas, rastros, tipos de sangre y escrituras, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, entre otros, se ha acrecentado enormemente su importancia y empleo práctico, pues no cabe duda que todos estos dictámenes técnicos prestan un valioso auxilio a la prueba indiciaria, considerándosele hoy en día como una de las principales en el proceso penal y una de las mejores en los juicios de filiación, precisamente por las periciales científicas referidas en este mismo capítulo. (⁶²²)

⁶²⁰ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, p. 311; Hernando Devis Echandía, *op. cit...*T. II, p. 615.

⁶²¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...*T. II, p. 615.

⁶²² Cfr. *Ibidem*, pp. 615 y 616; Antonio Dellepiane, *op. cit.*, p. 55 y 56.

f).- La Prueba de Indicios en los Juicios de Filiación.

Ya decía que de conformidad con el artículo 340 del Código Civil para el Distrito Federal, la filiación de los descendientes se prueba en primer lugar, con la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil. Aunque también constituyen títulos de determinación legal de la filiación, de acuerdo con el artículo 369 de ese mismo Ordenamiento jurídico, el acta especial levantada ante el mismo juez del Registro Civil; la escritura pública; el testamento o la confesión judicial directa y expresa, documentos todos ellos, cuya inscripción debe obrar en el acta de nacimiento y particularmente de la parte relativa al reconocimiento.

Fuera de dichos documentos públicos, el mismo artículo 369 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal en su último párrafo, señala que el reconocimiento practicado de manera diferente a los enumerados, no producirá ningún efecto, pero podrá ser utilizado como indicio en los juicios de investigación de paternidad o maternidad.

De igual forma, el artículo 341 de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal dispone:

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

Atendiendo a los preceptos mencionados, la falta de documento público que sirva de título de determinación legal de la filiación, no producirá ningún efecto, pero podrá ser utilizado como indicio en los juicios de investigación de paternidad o maternidad, o aun cuando existiera dicho título, si fuera defectuoso, incompleto o falso, hará necesario probar la filiación mediante la posesión constante de estado

de hijo o hija, sirviendo para tal efecto, todos los medios de prueba autorizados por la ley. Sin embargo, la testimonial no será admisible si no existiera un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos considerados lo bastante graves para determinar su admisión.

De ahí, precisamente la importancia y utilidad práctica de la prueba indiciaria en los juicios de filiación, pues así como cualquier hecho conocido puede servir al juzgador de indicio, para conocer otro hecho desconocido, sobre el cual se esté investigando en los procesos relativos a la investigación de la paternidad o maternidad, también es útil para probar la posesión constante de estado de hijo o hijas e incluso, la misma Legislación sustantiva civil para el Distrito Federal, condiciona la admisión de la prueba testimonial a la existencia de indicios resultantes de hechos ciertos, considerados lo bastante graves para determinar su admisión.

Como ejemplo de hechos conocidos que pueden conducir a determinar el vínculo filial en los juicios de filiación, mediante la operación lógica-crítica del juzgador en la cual se basa la prueba indiciaria, se encuentran según Planiol y Ripert:

“...todos los hechos que hagan verosímil la filiación, y corroboren las declaraciones de los testigos. Debe, por tanto, tomarse en consideración la actitud adoptada hacia el niño por los pretendidos padre y madre y los demás miembros de la familia. Se puede también citar como ejemplo de indicios el parecido personal, o cualquier otro fenómeno de herencia física; las circunstancias en las cuales el niño resultó abandonado; la marca de la ropa que llevaba, cuando fue encontrado, etc...La ley quiere solamente que los indicios sean graves y constantes, es decir, que no sean dudosos. Serían, por ejemplo, rechazados como insuficientes los hechos siguientes: la identidad de los nombres y edad de la pretendida madre y de la madre indicada en el acta de nacimiento; un certificado de la comadrona atestiguando que la pretendida madre tuvo un parto en la fecha del nacimiento del niño; la confesión de la madre, cuando es ella actora en el pleito; y la circunstancia de que el nacimiento haya tenido lugar en el transcurso del matrimonio de ésta.” (⁶²³)

⁶²³ Marcel Planiol y Georges Ripert, *op. cit.*, pp. 598, 599 y 600.

Asimismo, estos autores destacan el principio de prueba por escrito, como otro importante indicio de la filiación discutida en un juicio, cuando el mismo se constituye en registros y papeles domésticos del padre y de la madre, o en cartas o documentos privados de ellos o de otros familiares. Tal clase de prueba indiciaria, tuvo gran relevancia en los antecedentes de nuestra legislación civil e incluso hoy en día, el artículo 341 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, condiciona la admisión de la prueba testimonial, a través de la cual se pretenda comprobar la posesión de estado de hijo o hija, a la presentación de un principio de prueba por escrito.

Históricamente, el principio de prueba por escrito ha tenido el objetivo de limitar los juicios de filiación a los casos en que existiera una prueba cierta, como podría ser la de la confesión expresa o tácita del progenitor, cuyo vínculo filial con el descendiente es controvertido en juicio. Por eso, la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito, han emitido a través de diversas jurisprudencias y tesis, ciertas consideraciones al respecto, en el siguiente tenor:

“PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA. REQUIERE UN PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). El artículo 437, fracción IV, del Código Civil de Jalisco, al disponer que la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio esta permitida cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba escrita contra el pretendido padre, instituye un sistema rígido para la demostración del extremo en que descansa la hipótesis legal, pues exige que el referido principio de prueba sea por escrito y proveniente del presunto padre, en el que de manera directa o indirecta haga reconocimiento de la paternidad, a diferencia de otros ordenamientos como el del Distrito y Territorios Federales, que solamente exige un principio de prueba (Artículo 382 fracción IV), o sea que permite un sistema flexible que da cabida a cualquier medio probatorio, aun presunciones graves que autoricen al juzgador a establecer la paternidad.”

TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Amparo directo 4727/68. Guillermina Tinajero González. 28 de noviembre de 1968. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela

“PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA PRUEBA PRESUNCIONAL. (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE MÉXICO). No es obstáculo para tener por probado plenamente un hecho, por medio de la prueba presuncional, la circunstancia de que se trate de un asunto relacionado con la investigación de la paternidad, puesto que, según el artículo 364 del Código Civil del Estado de México, igual al 382 del Código del Distrito y Territorios Federales, no se requiere ya un principio de prueba por escrito como se exigía en las legislaciones anteriores y se exige en la legislación francesa, por ejemplo, sino que únicamente es necesario de acuerdo con la fracción IV del citado precepto, “un principio de prueba contra el pretendido padre”, lo que permite mayor flexibilidad en cuanto a las pruebas que pueden rendirse y se traduce en la posibilidad de una decisión más justa, ya que, bien porque el padre sea un analfabeta que no sepa leer ni escribir, o porque por su preparación eluda facilitar el conocimiento de la verdad la prueba escrita es en estos casos difícil de obtener.”

TERCERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Amparo directo 5112/63.- Valente Manzo Ochoa.- 13 de octubre de 1965.- 5 votos.- Ponente: José Castro Estrada.

“FILIACIÓN, SI NO EXISTE UN PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO O INDICIOS O PRESUNCIONES RESULTANTES DE HECHOS CIERTOS QUE SE CONSIDEREN BASTANTE GRAVES PARA DETERMINAR SU ADMISIÓN, RESULTA INADMISIBLE LA PRUEBA TESTIMONIAL PARA ACREDITARLA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). En términos del artículo 377 del Código Civil del Estado de Chiapas, “La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio está permitida en cuatro casos: I. En los casos de raptó, estupro o violación cuando la época del delito coincida con la de la concepción; II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre; III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; y IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.” Cuestión diversa es aquellos hijos que ya la ley presume (y que por lo mismo no requiere de investigación) como frutos del concubinato a que alude el artículo 378 del ordenamiento legal en comento; en concordancia con lo expuesto, el artículo 336 de la misma Ley sustantiva dispone que en defecto de actas de nacimiento o de posesión constante de estado de hijo, podrá demostrarse la filiación mediante el uso de todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiese un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.”

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO. Amparo directo 309/93. Eliseo Mellanes Castellanos. 17 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo J. Becerra Martínez.

De las anteriores jurisprudencias y de la tesis transcrita, se desprende que en el Código Civil Federal y en el Código Civil del Estado de México, se instituye un sistema flexible de prueba en los juicios de investigación de la paternidad, pues no se requiere la presentación del principio de prueba escrita exigido con anterioridad por las Legislaciones civiles, sino únicamente de cualquier principio de prueba contra el pretendido padre. Cuestión contraria sucede en el Código Civil del Estado de Jalisco, porque en dicho Ordenamiento jurídico se comprende un sistema probatorio rígido en los juicios de investigación de la paternidad, al exigirse el referido principio de prueba escrita proveniente del presunto padre y en la cual de manera directa o indirecta se haga el reconocimiento de la paternidad.

Por su parte, el caso de la Legislación civil del Estado de Chiapas es igual al del Código Civil para el Distrito Federal, porque aun cuando también se instituye un sistema probatorio flexible en los juicios de investigación de la paternidad y se determina que a falta de actas de nacimiento, o de posesión constante de estado de hijo o hija, la filiación podrá demostrarse mediante el uso de todos los medios de prueba autorizados por la ley, se condiciona la admisión de la testimonial a la existencia de un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos considerados lo bastante graves para determinar su admisión.

A mi juicio, esa exigencia del principio de prueba por escrito para admitir la prueba testimonial, cuando la misma tenga por objeto acreditar la posesión de estado de hijo o hija, es absurda, porque como bien dice una de las jurisprudencias transcritas, existen casos en los cuales la prueba escrita es muy difícil de obtener, como cuando el padre es analfabeta y no sabe ni leer ni escribir, o bien, cuando por su preparación, evita plasmar por escrito algún indicio del vínculo filial discutido.

Por eso, considero la necesidad de instituir un sistema probatorio más flexible, incluso para la admisión de la prueba testimonial, pues es evidente que de todos modos con esta única prueba, no será posible resolver en definitiva un juicio de filiación, al tenerse que valorar en su conjunto todos los medios probatorios aportados al juicio y porque hoy en día, gracias a los progresos científicos están a disposición de la humanidad, medios probatorios más conclusivos para conocer la verdad biológica de los vínculos filiales controvertidos.

Por otra parte, una vez señalados los hechos conocidos que pueden servir al juzgador de indicio, para conocer el vínculo filial discutido en los juicios de filiación, me referiré a la posesión constante de estado de hijo o hija, la cual es necesario acreditar para probar la filiación tanto de los descendientes habidos dentro de matrimonio como de los nacidos fuera de ésta institución, cuando los mismos carecen de acta de nacimiento o cuando aún teniéndola, la misma fuera defectuosa, incompleta o falsa.

En principio, la posesión constante de estado de hijo o hija debe ser continua y pública y se constituye a través de una serie de hechos, que en su conjunto demuestran la relación de filiación y parentesco entre un sujeto y la familia a la cual pretende pertenecer. (⁶²⁴)

Para probar la posesión de estado de hijo o hija es esencial, haber llevado el apellido del presunto progenitor (*nomen*); haber sido tratado por el presunto progenitor como hijo o hija (*tractatus*); haber sido considerado como hijo o hija en las relaciones sociales y en el seno de la familia del presunto progenitor (*fama*). Además, en el caso del descendiente matrimonial esa posesión de *status* debe ser indivisible, esto significa que debe darse respecto de ambos progenitores, pues de otra manera sólo podría probarse la posesión de *status* de descendiente extramatrimonial con relación a uno de sus progenitores. (⁶²⁵)

⁶²⁴ Cfr. Francesco Messineo, *op.cit.*, p. 129.

⁶²⁵ Cfr. *Idem*.

Al respecto, el artículo 343 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que si un individuo ha sido reconocido constantemente como descendiente por la familia del padre, de la madre y en la sociedad (fama), quedará probada la posesión de estado de hijo o hija, si además concurren algunas de las siguientes circunstancias:

- I. Si el hijo o hija ha usado constantemente los apellidos de quienes se pretende que son su padre y su madre, con la anuencia de éstos.
- II. Si los presuntos padre y madre lo han tratado como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.
- III. Si los presuntos padre y madre tienen la edad exigida para contraer matrimonio. (18 años)

Así, conforme a este artículo, el descendiente debe acreditar además de la fama de hijo o hija, algún otro elemento de los señalados en ese mismo precepto jurídico, porque si sólo acreditara el *tractatus*, es decir, el trato de los presuntos padre y madre al supuesto descendiente como tal, por el hecho de haber proveído a su subsistencia, educación y establecimiento, se estaría en el supuesto señalado por el artículo 387 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, el cual dispone a la letra:

“El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse para investigar éstas.”

La relación del artículo 387 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, con el *tractatus*, radica en que de acuerdo con el artículo 308 del Ordenamiento jurídico señalado, los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto. Además, respecto de los menores, también incluyen los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias

personales. Todo ello, evidentemente se traduce en el trato de los presuntos padre y madre al supuesto descendiente como hijo o hija, por haber proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

El motivo por el cual la ley evita que el hecho de dar alimentos o el simple *tractatus*, puedan constituir por sí solo prueba o presunción de paternidad o maternidad e incluso, puedan alegarse para investigar éstas, es porque se busca evitar que un acto humanitario, pudiera dar lugar a la presentación de juicios para imputar la filiación. Por ello, es preciso acreditar por lo menos dos de los elementos de la posesión constante de estado de hijo o hija, establecidos en el artículo 343 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal.

Pero, aun cuando el presunto descendiente pudiera acreditar dos o más elementos de la posesión de estado de hijo o hija, el juzgador debe ser muy cuidadoso para determinar la existencia del nexo filial con los supuestos progenitores, o en su caso con cualquiera de ellos, primero, porque aparentemente puede haber posesión de estado de hijo o hija en quien no lo es, cuando se le ha dado el trato de tal a un extraño y en segundo lugar, porque si ambos progenitores o alguno de ellos, no han reconocido al descendiente, es muy probable que tampoco le hayan dado el trato correspondiente a su estado. (⁶²⁶)

Por tal motivo, el Código Civil para el Distrito Federal determina en su artículo 341, que en defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba autorizados por la ley, incluyendo los provenientes del avance de los conocimientos científicos. No obstante, como ya se vio, se condiciona la admisión de la prueba testimonial, a la existencia de un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos considerados lo bastante graves para determinar su admisión.

⁶²⁶ Cfr. Augusto César Belluscio, *op.cit.*, p. 209.

F.- Presunciones.

a).- Concepto.

Al analizar la prueba indiciaria, denote que en ocasiones suelen confundirse los conceptos de indicio y presunción, los cuales aunque evidentemente están vinculados, se refieren a cuestiones diversas, tal y como se desprende de su diferente significado etimológico, gramatical y doctrinal.

Etimológicamente, la palabra presunción proviene de la raíz latina *praesumere*, la cual significa, suponer como cierta una cosa sin que esté probada y sin haber adquirido constancia de ella. Por su parte, el vocablo indicio proviene de la voz latina *indicium* derivación de *indicere*, cuyo significado es indicar, hacer conocer algo. (⁶²⁷)

Desde el punto de vista gramatical, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la presunción como la

“Acción y efecto de presumir”, entendiéndose a su vez por el vocablo presumir “Sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello.”
Mientras por indicio debe entenderse el “Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido.” (⁶²⁸)

Así, desde las perspectivas etimológicas y gramaticales, el indicio parte de una señal o de un hecho que da a conocer otro hecho oculto, mientras la presunción es la acción consistente en juzgar un hecho a partir de los indicios o las señales obtenidas para ese efecto. Por este motivo, primero debe existir el indicio, para luego presumir el hecho por esos indicios o señales obtenidas.

⁶²⁷ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.*... T. II, pp. 858 y 1241

⁶²⁸ Real Academia Española, *Diccionario ...op. cit.*, p. 740 y 1065.

Por otra parte, en cuanto a su concepto jurídico, se puede partir de dos fuentes: la ley y la doctrina. En la primera, la presunción no se encuentra satisfactoriamente definida, pues en el apartado "De las presunciones" la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, confunde su definición con la de indicio, tal como se desprende del artículo 379:

"Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido..."

Lo establecido en este precepto es en realidad la definición de indicio y no la de presunción. Por ello, es necesario enfatizar su diferencia de acuerdo con la doctrina jurídica.

No sin antes señalar, que algunos autores tales como Planiol, Ripert, De Pina, Ovalle Favela, Mateos Alarcón, Gómez de Liaño y Paillas, se manifiestan a favor de la identidad conceptual entre las presunciones y los indicios, tal y como sucede en la Ley adjetiva civil del Distrito Federal. Desde mi punto de vista, ésta postura es errónea, porque la diferencia conceptual entre ambos, deriva incluso de sus distintos significados etimológicos y gramaticales.

Por eso, me parece más adecuada la postura de otros juristas como Dellepiane, Döhring, Eisner, Devis Echandía y Sentís Melendo, quienes están a favor de la tesis que distingue radicalmente ambos conceptos. Asimismo, dentro de todos ellos, quién mejor explica su diferencia jurídica es Devis Echandía, al manifestar:

"La presunción es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran los peritos), que le sirven al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera." Por otra parte, "El indicio es el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógica crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquél, otro hecho desconocido..." (⁶²⁹)

⁶²⁹ Hernando Devis Echandía, *op. cit.*...T. II, p. 613.

De esta definición, se desprende que el indicio es una prueba y la presunción es una operación lógica-crítica realizada por el juzgador para valorar el indicio, con la finalidad de determinar el argumento probatorio que de él puede obtenerse. Lo cual evidentemente conduce a ratificar no sólo la patente distinción etimológica, gramatical y doctrinal de ambos conceptos, sino también la concordancia de sus significados en los tres ámbitos.

A pesar de esta distinción, importa reconocer la íntima vinculación existente entre ambos conceptos, porque bien sabido es que el indicio como hecho material, nada prueba y no puede escindirse de la operación lógica y del argumento probatorio, es decir, está vinculado a la regla de experiencia del juzgador, mediante la presunción humana, para deducir de aquél un argumento probatorio lógico-crítico.

b).- Clases de Presunciones.

Aun cuando el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no define apropiadamente a la presunción, distinguen dos tipos de presunciones: humanas y legales.

b1).- Las presunciones humanas también denominadas presunciones simples, de los hombres o judiciales son el resultado de los razonamientos e inferencias realizadas por el juzgador, de acuerdo a máximas de la experiencia, que le permiten valorar conclusivamente el mérito o eficacia de las pruebas suministradas por las partes. (⁶³⁰)

Dentro de este tipo de presunciones, sin duda alguna el aspecto más importante, son las denominadas reglas de la experiencia, porque a través de ellas, el juzgador emite sus razonamientos e inferencias para valorar el mérito o eficacia de las pruebas aportadas en el juicio.

⁶³⁰ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, p. 696.

Respecto a dichas reglas de la experiencia, Döhring señala que las mismas parten de vivencias iguales o similares, habidas no en ocasión del juicio ventilado en ese momento, sino de otros anteriores, los cuales han condensado en el juzgador, ya sea en mayor o menor medida, determinados conocimientos para deducir la configuración fáctica del caso en estudio, aún no esclarecido. (⁶³¹)

Esto denota que las reglas de la experiencia son el producto de todos aquellos casos vivenciados por quienes están encargados de impartir justicia, porque de cada uno de ellos, los juzgadores obtienen observaciones coincidentes entre los hechos y sus resultados, formándose un criterio, cuya aplicación pretende ser válida en casos posteriores similares. (⁶³²)

b2).- Las presunciones legales son aquellas establecidas expresamente por la propia ley. Camelutti, las concibe como reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho objetivo a un caso determinado, cuyos efectos se producen fuera del proceso y son reconocidos en éste, donde además influyen en la carga de la prueba. (⁶³³)

Desde la antigüedad, las presunciones legales han sido distinguidas por los jurisconsultos en dos categorías: relativas y absolutas, según admitan o no prueba en contrario.

Así, las presunciones relativas, también designadas con el nombre de *juris tantum*, se tienen como verdad, mientras no se pruebe lo contrario, porque se fundan en simples probabilidades, las cuales deben ceder ante la evidencia de la verdad, mientras las absolutas, igualmente denominadas presunciones *juris et de iure*, son aquellas que no admiten prueba en contrario. (⁶³⁴)

⁶³¹ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, pp. 323 y 324.

⁶³² Cfr. *Ibidem*, p. 324.

⁶³³ Cfr. Francesco Camelutti, *op. cit.*, p. 254.

⁶³⁴ Cfr. Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, pp. 295 y 296.

Como ejemplo de presunciones *iuris tantum*, se puede citar el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se establece:

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

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

Las presunciones contenidas en éste precepto jurídico se tienen como verdad, mientras no se pruebe lo contrario, porque se fundan en la institución matrimonial, en la cual los cónyuges tienen el deber recíproco de cohabitación y fidelidad. De tal manera, que todos aquellos descendientes nacidos de la cónyuge dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, ya sea, por nulidad, muerte del marido o divorcio, serán considerados hijos o hijas de ambos cónyuges.

Sin embargo, no puede ignorarse que las mismas sólo constituyen simples probabilidades, sobretudo en casos particulares, como serían: la falta de cohabitación de los cónyuges durante el período de la concepción, el adulterio debidamente probado de la cónyuge, entre otras. Claramente en estos supuestos, las presunciones del artículo 324 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, admiten prueba en contrario, pues deben ceder ante la evidencia de la verdad.

Por este motivo, el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal, admite contra ellas, las pruebas mediante las que se compruebe la imposibilidad física del cónyuge varón de haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, así como aquellas provenientes del avance de los conocimientos científicos.

Por otra parte, como ejemplo de presunción *iuris et de iure*, se puede citar el artículo 2358 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se determina la nulidad de las donaciones efectuadas simulando otro contrato, a favor de personas incapaces, ya se hagan de modo directo o por interpósita persona. En este supuesto, por interpósita persona debe entenderse a los descendientes, ascendientes o cónyuge del incapaz.

En este caso, no se admite prueba en contrario, porque si se permitiera para demostrar que el donante ha querido favorecer exclusivamente a la persona estimada por la ley como interpósita y de ninguna manera al incapaz, se incurriría en el peligro de declarar válido un acto ejecutado en fraude de ella, lo cual precisamente se ha querido evitar. (⁶³⁵)

c).- Naturaleza Jurídica de la Presunción.

En este apartado, se dilucidara si las presunciones son o no medios de prueba o si sólo constituyen una fuente de prueba. Para ello, retomo lo explicado en el punto anterior referente a su clasificación, porque precisamente a partir de los tipos de presunciones que hay y a sus características, se denota la naturaleza jurídica de las mismas.

Así, respecto de la primera clase de presunciones denominadas simples o humanas, como éstas son el resultado de los razonamientos e inferencias realizadas por el juzgador, de acuerdo a máximas de la experiencia, a través de las cuales valorará conclusivamente el mérito o eficacia de las pruebas suministradas por las partes, puede decirse que en realidad no constituyen medios de prueba, porque simplemente son la manera de razonar del juzgador, para calificar el mérito o la eficacia probatoria de las pruebas presentadas en juicio. (⁶³⁶)

⁶³⁵ Cfr. Manuel Mateos Alarcón, *op. cit.*, p. 298.

⁶³⁶ Cfr. Santiago Sentís Melendo, *op. cit.*, p. 128; Hernando Devis Echandía, *op. cit.*... T. II, pp. 696 y 697.

Por otra parte, en cuanto al segundo tipo de presunciones también denominadas legales, como éstas son reglas jurídicas sustanciales, para la aplicación del derecho objetivo a un caso determinado, cuyos efectos se producen fuera del proceso y son reconocidos en éste, donde además influyen en la carga de la prueba, su naturaleza tampoco es la de un medio probatorio, independientemente de que sean *iuris tantum* y presuman como cierto un hecho, mientras no se desvirtúe con prueba plena, o bien, se trate de presunciones *iuris et de iure* y otorguen una certeza definitiva e indiscutible. (⁶³⁷)

Más bien, la naturaleza jurídica de las presunciones es la de una fuente de prueba o como les denomina Camelutti, fuente de presunción, porque son los razonamientos inferidos por el juzgador a través de una operación lógica-crítica, para valorar el mérito o la eficacia probatoria de las pruebas presentadas en juicio. (⁶³⁸)

d).- Formas de Atacar una Presunción.

El sistema de clasificación de las presunciones en humanas y legales aportado por la doctrina, también se encuentra contemplado expresamente en los artículos 379 y 380 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Sin embargo, aun cuando en dicho Ordenamiento jurídico se omite la distinción de las presunciones legales en relativas y absolutas, si se determina la forma como cada una de ellas deberá operar.

En el caso de las presunciones relativas, igualmente identificadas como *iuris tantum*, la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, dispone dos reglas, cuyo contenido se encuentra en los artículos 381 y 382, al siguiente tenor:

⁶³⁷ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.* T. II, pp. 697 y 698.

⁶³⁸ Cfr. Francesco Camelutti, *op. cit.*, pp. 90, 91, 200, 201, 253 y 254.

“Artículo 381. El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en el que se funda la presunción”

“Artículo 383. En los supuestos de presunciones legales que admiten prueba en contrario opera la inversión de la carga de la prueba.”

Una aplicación práctica de las reglas anteriormente enunciadas, puede tener lugar en las presunciones del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, en las que se establece:

“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.”

En principio, las presunciones establecidas en este precepto jurídico, no tienen porque ser demostradas por la persona a quien favorezcan, pues las mismas se fundan en los deberes recíprocos de cohabitación y fidelidad de los cónyuges dentro de la institución matrimonial. Sin embargo, si dichas presunciones llegaran a discutirse en un proceso, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 381 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, es decir, el afectado tendría que demostrar los hechos en los cuales se fundan tales presunciones, como son: el matrimonio de sus progenitores y su nacimiento dentro ésta institución o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución.

De igual forma en este mismo caso, como las presunciones legales establecidas en el artículo 324 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, admiten prueba en contrario, quien niegue el hecho presumido, tiene la carga de probar el hecho contrario, de acuerdo con el artículo 383 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, es decir, está vinculado a desvirtuarlas, lo cual podría ocurrir al demostrar la falsedad del hecho presumido (la paternidad), a pesar de la veracidad de los hechos fundamento de la presunción (el matrimonio y el

nacimiento dentro de dicha institución o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución).

En otras palabras, quien pretenda desvirtuar las presunciones legales del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, debe probar que el hijo o hija de esa mujer casada es de un tercer hombre, aun cuando el mismo haya nacido dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, lo cual puede tener lugar, al comprobarse la imposibilidad física del marido para haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, según lo dispuesto en el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por otra parte, en cuanto a las presunciones absolutas, también denominadas *iuris et de iure*, el artículo 382 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, contempla dos supuestos en los cuales no se admite prueba contra la presunción legal. El primero, es cuando la ley expresamente lo prohíba y el segundo, cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar.

Como ejemplo de presunción *iuris et de iure*, cuyo efecto es anular un acto jurídico, se encuentra el artículo 2358 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala a la letra:

“Las donaciones hechas simulando otro contrato a personas que conforme a la ley no pueden recibirlas, son nulas, ya se hagan de un modo directo, ya por interpósita persona.”

Este precepto contempla el supuesto en el que un individuo realiza una donación directamente o a través de otra persona por su encargo, aparentando obrar por cuenta propia, pero simulando otro acto jurídico y en fraude de un incapaz, por lo

cual es nula y no debe admitirse prueba en contrario, porque se incurriría en el peligro de declararla válida. (⁶³⁹)

Por otra parte, en cuanto a las presunciones *iuris et de iure*, cuyo objeto es negar el ejercicio de una acción, se puede citar el artículo 2764 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se dispone:

"La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido. El Código Penal señalará cuáles son los juegos prohibidos."

Aun cuando éste precepto remite expresamente a la Ley sustantiva penal, cabe decir que en la misma, los artículos 257, 258 y 259 relativos a los juegos prohibidos se encuentran derogados desde el 29 de diciembre de 1984, lo cual constituye una laguna legal para la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, pues precisamente el artículo 2764 tiene por objeto evitar el ejercicio de una acción para reclamar una deuda, cuyo origen es delictuoso. Pero, si de acuerdo con el Código Penal para el Distrito Federal, no existen juegos prohibidos, es notable la falta de concordancia entre esos dos Ordenamientos jurídicos, pues como se va a evitar una acción para reclamar aquello que no está prohibido.

e).- La Prueba Presuncional en los Juicios de Filiación.

A lo largo del presente trabajo de investigación he enfatizado varias veces en las presunciones de filiación, tanto de los descendientes nacidos dentro de matrimonio como de los habidos dentro del concubinato. Por ello, con el objeto de evitar la reiteración de cuestiones ya analizadas, en éste apartado abordaré únicamente lo relativo a la presunción contenida en el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que textualmente se señala:

⁶³⁹ Cfr Manuel Mateos Alarcón, *op.cit.*, p.298.

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

Como es notorio, en éste precepto se contempla un sistema de libertad probatoria de la filiación, al manifestarse que la paternidad y la maternidad podrán acreditarse a través de cualquier medio ordinario de prueba, reconociéndose especialmente para ese efecto y de manera expresa, a las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos, lo cual constituye un gran avance en los juicios de filiación, porque todavía en la actualidad los medios probatorios tradicionales, suelen representar un problema al no proporcionar en la mayor parte de las ocasiones, los elementos suficientes para dirimir con certeza un vínculo filial controvertido.

Sin embargo, para efecto de éste apartado relativo a las presunciones, lo trascendente del artículo 382 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, no es particularmente la admisión de todos los medios ordinarios de prueba para acreditar un vínculo filial controvertido, incluyendo en ellos, los proporcionados por la ciencia, sino el hecho de que al final de dicho precepto se dispone, que si el presunto progenitor se niega a proporcionar las muestras necesarias para llevar a cabo la prueba científica de la filiación, debe presumirse salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Al respecto, considero grave que mediante una simple presunción legal se pretenda imputar la paternidad o maternidad, por la negativa del progenitor para aportar las muestras de material genético necesario, para la práctica de la prueba pericial científica, pues dicha presunción constituye simplemente una prueba artificial, que de ninguna manera puede ser autónoma ni hacer prueba plena de una cuestión tan delicada, como es un vínculo filial controvertido.

En este sentido, sabido es que toda presunción debe ser necesariamente consecuencia de dos hechos: uno comprobado y el otro no manifiesto, aunque el mismo se trate de demostrar para derivar una conclusión. Por tanto, primero debe acreditarse la paternidad o maternidad mediante otras pruebas, para que la presunción resulte del complemento de dichas probanzas, que confirman o desechan la existencia del vínculo filial controvertido. De lo contrario, se estarían violando las normas esenciales del procedimiento y consecuentemente, el artículo 14 constitucional.

En otro orden de ideas y después de haber analizado los medios de prueba regulados en nuestra Legislación adjetiva civil, haciendo especial referencia de los mismos en el caso de la filiación, a continuación abordaré uno de los temas más importantes de la actividad probatoria, como es la valoración o apreciación de la prueba judicial.

6.- Valoración de la Prueba.

A.- Concepto de Valoración o Apreciación de la Prueba Judicial.

La valoración o apreciación de la prueba judicial constituye la etapa final, culminante y decisiva del material probatorio aportado en un juicio, se trata de una actividad procesal exclusiva del juzgador, quien a través del estudio crítico del conjunto de probanzas ofrecidas por las partes, deducirá el mérito o valor de convicción de las mismas. (⁶⁴⁰)

Aun cuando, cada medio de prueba es susceptible de apreciación individual y en ocasiones puede bastar uno para formar la convicción del juez, lo idóneo en la valoración de la prueba es que el material probatorio sea analizado críticamente en su conjunto, para llegar a la certeza sobre los hechos discutidos.

⁶⁴⁰ Cfr. Erich Döhring, *op. cit.*, p. 406; Hernando Devis Echandia, *op. cit.*...T. I, p. 287.

En el caso particular de los juicios de filiación, aun cuando en la actualidad la prueba pericial, aporta más certeza para comprobar el nexo filial controvertido, respecto de otras probanzas tradicionalmente admitidas. Ello no exime al juzgador de realizar un estudio crítico del conjunto de los medios probatorios ofrecidos, admitidos y desahogados por las partes, pues ninguno de ellos puede ser conclusivo, para llegar a la certeza de una cuestión tan delicada como es el vínculo filiatorio de un individuo, con alguno de sus ascendientes o con ambos.

B.- Sistemas para la Apreciación de la Prueba.

Básicamente, los sistemas de apreciación de la prueba judicial se reducen a dos: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación por el juez, pues en realidad no existe un sistema mixto, ya que, cuando subsiste la tarifa legal atenuada o cuando se otorgan ciertas facultades al juzgador para apreciar determinados medios de prueba, la libertad de apreciación existe o no existe. (⁶⁴¹)

El sistema de la tarifa legal suele confundirse en ocasiones con el de la prueba legal, es decir, con la fijación legal de los medios probatorios admisibles en el proceso, lo cual es incorrecto, pues el objeto de aquél es la regulación del valor de convicción de cada uno de ellos. Por su parte, el sistema de la libre apreciación, consiste en la valoración crítica y razonada de las pruebas, conforme a las reglas de la lógica, la experiencia, la psicología y la sana crítica. (⁶⁴²)

De estos sistemas, el menos admitido en la actualidad es el de la tarifa legal, ya que su objeto es fijar previamente la valoración legal de los medios probatorios y si bien fue muy importante tiempo atrás, porque suplía la ignorancia o la falta de experiencia de los jueces, orientándolos para la averiguación de la verdad y evitando la sobreestimación peligrosa o el rechazo injustificado de los medios de prueba aportados al proceso, en virtud de la escasez de profesionales del

⁶⁴¹ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.* T. I, pp. 86 y 288.

⁶⁴² Cfr. *ibidem*, pp. 99, 102 y 105.

Derecho, por el poco desarrollo de las enseñanzas universitarias, de la doctrina y de la misma jurisprudencia, desde hace un siglo es considerado como un fósil jurídico. (⁶⁴³)

Dentro de las desventajas e inconvenientes del sistema de la tarifa legal, se encuentran los siguientes:

1.- Mecaniza la función del juez en la valoración de las pruebas, porque lo obstaculiza para formarse un criterio personal y lo vincula a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico razonado.

2.- Conduce con frecuencia a declarar como verdades, las simples apariencias formales.

3.- Como consecuencia de ello, se produce un distanciamiento entre la justicia y la sentencia, ya que, las normas legales probatorias aplicadas al proceso señalan tipos abstractos de verdad, frecuentemente aisladas o reñidas con la realidad de los hechos. (⁶⁴⁴)

Con la aplicación de la tarifa legal, los fines naturales del proceso suelen sacrificarse por el respeto a fórmulas abstractas, olvidándose que el Derecho tiene como función primordial la obtención de la armonía social, para lo cual es indispensable que el proceso responda a la realidad y a la justicia.

En este sentido, estoy de acuerdo en que la prueba se reglamente en cuanto a su ofrecimiento, admisibilidad y desahogo, pues dichas cuestiones son de interés público. Sin embargo, en lo relativo a su eficacia demostrativa, me opongo a su

⁶⁴³ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. I, pp. 90, 92 y 93.

⁶⁴⁴ Cfr. *Ibidem*. pp. 92 y 94.

regulación, porque ello sería tanto como prever con carácter imperativo la solución de los casos concretos, lo cual además es una meta imposible de alcanzar por la infinita variedad actualizada en la realidad. (⁶⁴⁵)

Ante tales circunstancias y con el objeto de obtener el fin de interés público del proceso, resulta indispensable la implementación de dos cuestiones, la primera, es la aplicación del sistema de libre apreciación de las pruebas, en virtud de que en el mismo, el juzgador debe orientar su criterio basándose en las reglas de la sana crítica, es decir, en las de la lógica, la sicología judicial, la experiencia y la equidad. La segunda, consiste en conferir al juzgador facultades inquisitivas para practicar las que a su leal y saber entender considere convenientes, a efecto de esclarecer los hechos afirmados por las partes. (⁶⁴⁶)

Sólo con estas dos medidas, será posible obtener la igualdad de las partes en el proceso y una verdadera democracia en la justicia. Por ello, importa destacar al respecto que en nuestro país no hay una justificación para evitar concretar tales objetivos, pues de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 278, 279 y 402 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal:

“Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.”

“Artículo 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas o procurando en todo su igualdad.”

⁶⁴⁵ Cfr. Hernando Devis Echandia, *op. cit.* T. I, pp. 93 y 94.

⁶⁴⁶ Cfr. *ibidem*, p. 112.

“Artículo 402. Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgado, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.”

De conformidad con los preceptos jurídicos transcritos, es evidentemente que en nuestro orden jurídico, los jueces tienen tanto el deber de aplicar el sistema de la libre apreciación de la prueba, para valorar en su conjunto los medios probatorios aportados y admitidos en el proceso, de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia; como la facultad para ordenar en todo tiempo sea cual sea la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, cuando la misma sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados.

Por tal motivo, no debe haber obstáculo en nuestro país para la consecución de la justicia, no sólo en los juicios de filiación objeto de la presente investigación, sino de los procesos en general. Aunque al respecto, importa destacar que al ser la justicia un problema más de hombres que de leyes, se requiere en los jueces una sólida formación profesional y moral, pues las mejores posibilidades de acierto radican tanto en su preparación légal, para explicar los motivos de su convicción, como en su calidad humana, imparcialidad y rectitud.

C.- Las Diversas Operaciones del Proceso Mental de Valoración o Apreciación de la Prueba.

El proceso de valoración o apreciación de la prueba a pesar de ser complejo y variable en cada caso, comprende comúnmente tres aspectos básicos: la percepción; la representación o reconstrucción y el razonamiento deductivo e inductivo. A continuación explicaré de manera diferenciada cada una de estas etapas, aun cuando las mismas son básicamente simultáneas.

La percepción necesariamente se encuentra al comienzo del camino, porque sólo mediante esta operación sensorial, a través de la cual se puede ver, oír, palpar, oler y en casos excepcionales gustar, el juzgador entra en contacto ya sea de forma directa o indirecta con los hechos materia de la litis, pues es imposible apreciar el contenido o la fuerza de convicción de una prueba, si antes no se le ha percibido u observado. (⁶⁴⁷)

El segundo aspecto indispensable para la apreciación y valoración de la prueba, una vez percibidos aisladamente los hechos a través de sus medios de prueba, es la representación o reconstrucción histórica del conjunto de ellos. En esta fase es indispensable la correcta y compleja representación de cada uno, evitando omitir alguno de ellos por accesorio que parezca y más bien, coordinarlos todos y colocarlos en el sitio adecuado, para luego clasificarlos con arreglo a su naturaleza, al tiempo y circunstancias de la realidad histórica, cuyo objetivo es reconstruir. (⁶⁴⁸)

La tercera fase del proceso de valoración es el razonamiento deductivo e inductivo, en el cual sin duda alguna, la lógica juega un papel indispensable, ya que sin ella no puede existir valoración de la prueba. En esta etapa, el objeto es razonar sobre todos y cada uno de los aspectos de la prueba, tanto a través de la inducción como de la deducción, porque así como el juzgador realiza inferencias de los hechos, cosas o personas observados, gracias a la inducción, también califica los casos particulares, de acuerdo con deducciones de las reglas de la experiencia. (⁶⁴⁹)

La actividad lógica llevada a cabo por el juzgador dentro de esta tercera fase de razonamiento, tiene la peculiaridad de basarse siempre en un razonamiento silogístico, porque a partir de datos concretos, el mismo realiza juicios analíticos y

⁶⁴⁷ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. I, p. 290.

⁶⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 291.

⁶⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 292.

sintéticos, basados en las reglas de la lógica y la experiencia, e infiere o deduce la conclusión del conjunto de los medios probatorios aportados al proceso. (⁶⁵⁰)

D.- Momento en que se Ejerce la Actividad Valorativa.

Como regla general puede decirse que la valoración o apreciación de la prueba, se presenta en el momento en el cual debe adoptarse alguna decisión sobre los hechos de la causa o de ciertos problemas incidentales, es decir, cuando se va a dictar sentencia, ya sea, interlocutoria o definitiva. (⁶⁵¹)

E.- Fin de la Apreciación o Valoración de la Prueba.

En este punto es importante diferenciar entre el fin de la prueba y el fin de la valoración de la prueba, porque el fin de todo medio probatorio, es proporcionar al juzgador el convencimiento o la certeza de los hechos controvertidos, mientras la finalidad de la valoración de la prueba, consiste en precisar el resultado de los medios probatorios, es decir, el mérito o valor que los mismos pueden tener para formar el convencimiento del juez, el cual puede ser positivo si se obtiene o por el contrario, negativo si no se logra. (⁶⁵²)

F.- Resultado Final de la Valoración de la Prueba.

Finalmente, la valoración del conjunto de los medios probatorios aportados al proceso por los contendientes, traerá como resultado que el juez obtenga la certeza judicial respecto de las pretensiones controvertidas por las partes en juicio, lo cual es una cuestión indispensable, porque el juzgador debe emitir su decisión con fundamento en las pruebas aportadas por las mismas. (⁶⁵³)

⁶⁵⁰ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit...* T. I, pp. 293 y 295.

⁶⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 303.

⁶⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 304.

⁶⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 321.

Para ello y a efecto de emitir su decisión, es indispensable que el juez esté convencido de la certeza de los hechos demostrados por las pruebas, pues si los medios probatorios no son suficientes para producirle esa convicción, por ser inexistentes o porque los mismos pesan en su razón por igual, tanto a favor como en contra, sin despejar completamente sus dudas, le está vedado apoyarse en ellos para resolver la controversia.

Sin embargo, como dentro de sus deberes jurídicos se encuentra la de resolver toda contienda sometida a su conocimiento, en el caso del proceso penal, necesariamente deberá absolver al procesado, mientras en el proceso civil, deberá recurrir a las reglas de la carga de la prueba, a través de las cuales decidirá la controversia tomando en cuenta, quien tiene el interés jurídico en demostrar los hechos materia de la litis, para obtener una sentencia favorable.

En el proceso civil, las reglas sobre la carga de la prueba son una medida imprescindible de sanidad jurídica, una condición *sine qua non* de toda buena administración de justicia, al constituir una guía indispensable y fundamental para el juzgador en la solución de los litigios, porque orientan su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión.

Si no existieran dichas reglas fundamentales sobre la carga de la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes.

Asimismo, la justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones, al no ser posible la sentencia de mérito por falta de pruebas, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica, puedan fácilmente

burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando las pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez. (654)

Así pues, para evitar todos estos inconvenientes, las reglas de la carga de la prueba dentro del proceso civil, indican que ante la falta de convencimiento judicial sobre los hechos controvertidos, corresponde al juzgador decidir cuáles son los hechos que a cada parte le interesa probar, a efecto de servir de fundamento a sus pretensiones o excepciones, pues a cada una le incumbe probar los hechos integrantes del supuesto hipotético contenido en la norma jurídica, cuyo presupuesto es aplicado como fundamento de su pretensión.

Con lo cual, la responsabilidad por el resultado del proceso recae sobre las partes, porque a cada una de ellas corresponde la carga de probar los hechos que constituyan el supuesto de la norma en la cual se amparan.

En el caso concreto de los juicios de filiación y siguiendo la máxima romana *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*, así como lo establecido en el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en el cual se dispone:

“Las partes asumirán la carga de la prueba de los hechos constitutivos de sus pretensiones.”

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien asevera los hechos, es decir, al que los afirma no a quien los niega.

Así, mientras el actor tiene la carga de demostrar los hechos constitutivos de su derecho, el demandado debe probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes, pues si sólo se limita a negar los invocados por el actor, no probará nada.

⁶⁵⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, *op. cit.* T. 1, p. 450.

La única excepción a ésta regla en el caso de los juicios de filiación, se encuentra expresamente señalada en el artículo 282 fracción II de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, en el cual se establece:

“El que niega sólo será obligado a probar:

II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;”

Tal hipótesis contemplada en la fracción segunda del artículo 282 de la Ley adjetiva civil del Distrito Federal, se refiere a las presunciones relativas, las cuales admiten prueba en contrario y tienen como consecuencia invertir la carga de la prueba, es decir, no corresponderá probar a quien afirma un hecho que la ley presume, sino a quien lo niega.

Entonces, si una de las partes niega ser el padre o la madre de otra, aun cuando concurren los extremos de las presunciones legales establecidas en los artículos 324 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal, relativas a la filiación matrimonial y concubinaria respectivamente, deberán necesariamente desvirtuar ese nexo filial que la misma ley presume.

CONCLUSIONES FINALES

(Después de cada conclusión anoto entre paréntesis el capítulo y la página en donde se encuentra el fundamento de cada una.)

1.- Desde la antigüedad, la filiación biológica ha constituido un serio dilema para el Derecho. Su solución jurídica en los sistemas de tradición romano-canónica, como el nuestro, se basa en presunciones legales sustentadas en la realidad biológica y a través de las cuales, se precisan el límite mínimo de viabilidad biológica de cualquier ser humano (180 días), así como el término máximo de duración de la gestación (300 días). Sin embargo, hoy en día no puede generalizarse su aplicación a toda la gama de posibilidades actualizadas en la realidad, pues a pesar de que tales presunciones están sustentadas en los deberes de cohabitación y fidelidad en el matrimonio, nadie puede garantizar con seguridad su cumplimiento. (Capítulo I, páginas 41 y 104; Capítulo II, página 130; Capítulo IV, página 358)

2.- Las presunciones de la filiación concubinaria son todavía más objetables que las de la filiación matrimonial, porque la cohabitación y fidelidad de los concubinos entre sí, sólo se basa en una continencia recíproca entre ellos y su incumplimiento no puede ser sancionado por el Derecho. Además, porque comúnmente tal institución no se prueba de manera indubitable por los medios de prueba directos, entonces, si la misma acreditación de su existencia puede ser objetada, de igual forma se presenta este problema con las presunciones de filiación resultantes de ella.

Así, en este supuesto no basta el establecimiento de presunciones a favor de los descendientes habidos en concubinato, si primero debe acreditarse su existencia, su inicio o en su caso su terminación y luego, que dichos descendientes nacieron durante los límites mínimo y máximo señalados en la legislación. (Capítulo I, páginas 58 y 111; Capítulo II, página 143)

3.- En el caso de los descendientes extramatrimoniales, el problema del establecimiento de su filiación se complica, porque las únicas formas de acreditarlo son a través del reconocimiento voluntario de sus progenitores, o de la sentencia en la que se declare el vínculo filial controvertido. Además, tal complicación existe tanto para el supuesto de pretender la imputación de la maternidad como de la paternidad, pues aunque respecto a la madre, sólo deban probarse el parto y la identidad del descendiente, los cuales son hechos generalmente conocidos, existen supuestos excepcionales, como cuando el embarazo y el parto se han llevado a cabo en secreto. (Capítulo I, página 59; Capítulo II, página 186; Capítulo III, páginas 214 y 241)

4.- La tendencia de considerar obsoleta, anticuada y carente de utilidad práctica la institución jurídica de la legitimación, me parece inadecuada por dos motivos, primero, porque es falso que resulta discriminatoria para los descendientes, pues a través de la misma se generan iguales derechos y deberes entre progenitores y descendientes, simplemente se diferencia el momento en el cual quedan sometidos a los mismos, así para los concebidos durante el matrimonio de sus progenitores, dicho momento es el de la concepción, mientras para los legitimados es el del matrimonio de estos.

Y en segundo lugar, porque la misma simplemente otorga mayor certeza de la filiación, tanto para los progenitores como para los descendientes, contribuyendo a evitar imputaciones falsas de paternidad, en razón del papel decisivo del momento de la concepción de estos, lo cual es muy importante por las consecuencias jurídicas que se generan. (Capítulo I, página 45; Capítulo II, página 140)

5.- En virtud de las implicaciones jurídicas y éticas derivadas de la práctica de la maternidad gestante y particularmente, por la incertidumbre que se genera en cuanto a determinación del nexo materno filial, en el cual debe decidirse si se privilegiará el nexo biológico o el nexo biosíquico del embarazo con la madre

gestante, estoy a favor de la prohibición de este método de reproducción asistida en nuestro sistema legal. (Capítulo III, página 232)

6.- Considero importante que en el futuro se regule lo relativo a la impugnación de la paternidad y de la maternidad de los descendientes concebidos a través del uso de técnicas de reproducción asistida, ante la actualización de casos que puedan presentarse en la realidad, tales como la posibilidad de cambio en los componentes genéticos, pues si en ocasiones se ha visto en los centros de salud, errores humanos en los cuales se han cambiado menores recién nacidos, por qué entonces no prever la probabilidad de una situación similar, sobretodo si se toma en cuenta el tamaño minúsculo de las aportaciones genéticas. (Capítulo II, página 172; Capítulo III, página 238)

7.- En el caso de que el descendiente nazca dentro de los plazos legales establecidos en los artículos 324 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal, no hay lugar para entablar la investigación de la maternidad, porque comprobado el parto de la madre y la identidad del hijo o hija con el que dio a la luz la misma, el padre será el marido de la madre. Pero cuando se trate de un descendiente que haya tenido la mujer antes de contraer matrimonio, no tiene justificación la prohibición de investigar el nexo filial con la madre, pues sólo se trata de una norma desigual en razón del sexo de los progenitores y por ello considero que el legislador debe pensar seriamente, si realmente es necesaria en la práctica y si es posible derogarla. (Capítulo III, página 243)

8.- Aun cuando la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, contempla un sistema de libertad probatoria de la filiación, al establecer en su artículo 382 que la paternidad y la maternidad podrán acreditarse a través de cualquier medio ordinario de prueba, reconociéndose especialmente para ese efecto y de manera expresa, a las pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos, en la actualidad los problemas de filiación siguen siendo problemas de derecho probatorio, pues en la mayor parte de las ocasiones no es posible su acreditación

a través de los medios probatorios tradicionalmente admitidos por el Derecho, resultando hoy en día indispensable la aplicación de dichas pruebas provenientes del avance de los conocimientos científicos. Sin embargo, el primer problema que representa su práctica, es la limitación de su empleo, porque cada uno de estos métodos contribuye en distinta proporción con la ciencia jurídica en el conocimiento del vínculo filial controvertido. (Capítulo IV, páginas 358 y 361)

9.- La prueba hematológica clásica; la de maduración fetal; la antropológica o heredobiológica y el método de Kühne o prueba morfológica de la columna vertebral, tienen una eficacia médica y jurídica relativa, porque en la mayor parte de los casos, sólo proporcionan resultados aproximados y particularmente de exclusión del vínculo filial controvertido, haciendo necesario reforzar el índice de inclusión de dicho nexo filial, con la práctica de otros medios probatorios científicos, a través de los cuales sea posible determinarlo con un mínimo de error. (Capítulo IV, página 392)

10.- La comunidad científica admite dentro de los medios probatorios más aproximados para el diagnóstico del vínculo filial de un individuo con cualquiera de sus progenitores, la prueba de compatibilidad inmunogenética; el sistema HLA, el cual a su vez forma parte de la aquella y la prueba del ADN o de la identificación de personas a través del ácido desoxirribonucleico, porque todas ellas aportan resultados de exclusión e inclusión, del 98% al 100% de la relación filial controvertida. (Capítulo IV, páginas 381, 382, 389, 391 y 392)

11.- Dentro de las pruebas científicas de la filiación, cuyos resultados son conclusivos para la determinación del vínculo filial controvertido, la más completa es la prueba de compatibilidad inmunogenética, porque su práctica aglutina los cuatro métodos de laboratorio más modernos y completos para la identificación de personas, incluso una de sus partes es la misma prueba del HLA. (Capítulo IV, páginas 380 y 381)

12.- En ocasiones, se ha preferido la práctica de la prueba del HLA en vez de la del ADN, pues aunque raras veces se ha evidenciado, existen alteraciones morfológicas de los cromosomas, que no siempre se transmiten de progenitores a descendientes. Esta cuestión es intrascendente para la prueba del HLA, porque no afecta sus resultados, pero si puede ser determinante en los del estudio del ADN. (Capítulo IV, página 382)

13.- De las pruebas científicas de la filiación conclusivas para la determinación del vínculo filial controvertido, la más recomendable por la facilidad de la selección y conservación de las muestras necesarias para su práctica, es la prueba del ADN, porque tiene la ventaja de poder practicarse básicamente en cualquier tipo de muestra biológica en la cual se contenga material genético medianamente conservado. Esta ventaja es muy importante, porque no necesariamente se requiere de la típica extracción de sangre (indispensable en la prueba de compatibilidad inmunogenética y en la del HLA), sino también de material cadavérico, orina, hisopados de cavidades vaginal, rectal o bucal, manchas orgánicas de sangre o semen en cualquier prenda o superficie, de todas ellas se prefiere en los juicios de filiación, a los hisopados bucales. (Capítulo IV, páginas 389, 390 y 391)

14.- Aun cuando en la actualidad las pruebas científicas de la filiación, constituyen el medio probatorio más seguro para el establecimiento de un vínculo filial controvertido, las mismas no siempre pueden ser aplicadas, en virtud de que existen ciertos inconvenientes, tales como: la falta de laboratorios especializados, de materiales específicos (sueros, reactivos) y de personal capacitado. (Capítulo IV, página 392)

15.- Los laboratorios encargados de practicar las pruebas científicas de la filiación, deben estar especializados en las mismas, acreditar tener la capacidad técnica y la experiencia para su aplicación, así como para implementar los controles adecuados de los métodos y materiales utilizados en cada caso y la plena

identificación de las muestras, evitando su mezcla o pérdida. Para ello, lo recomendable es que cuenten con sistemas de computación de registro y ordenamiento de datos, mediante los cuales puedan proporcionar evidencias certificadas de la calidad de los materiales, el seguimiento de los procedimientos empleados y la cadena de custodia de las muestras obtenidas. (Capítulo IV, página 393)

16.- El control de los materiales específicos, como son los sueros y reactivos para la implementación de las pruebas científicas de la filiación, es uno de los aspectos indispensables de su práctica, porque los reactivos inadecuados y los sueros de baja especificidad, sólo pueden aportar resultados erróneos. En este sentido, es indispensable la verificación de su calidad y procedencia, dado que normalmente son de importación y se requiere contar con la cantidad suficiente de los mismos, pues su utilización en estos procesos debe hacerse por duplicado o triplicado. (Capítulo IV, página 393)

17.- La cuestión más preocupante de la práctica de las pruebas científicas de la filiación, es el personal que las debe llevar a cabo, porque la falta de experiencia o el mal uso de las técnicas puede traer como consecuencia, la mezcla de las muestras, accidentes en el procesamiento de las mismas por un mal control de tiempo, de temperatura o voltajes inadecuados, o bien, la errónea interpretación de los datos obtenidos. Por tal motivo, considero la necesidad de precisar todos los requisitos para ser perito en esta materia, pues no basta señalar únicamente su adecuada formación técnica. Al respecto, sugiero se les exija: contar con título de licenciatura en química, biología o medicina, con especialidad en medicina molecular y con una certificación de su experiencia, la cual puede ser emitida por la institución donde hubieren prestado sus servicios o donde se encuentren prestándolos. Destacando en dicha certificación, su particular pericia en la técnica o método de la prueba científica de la filiación de que se trate. (Capítulo IV, página 393)

18.- A pesar de que en la actualidad la prueba pericial aporta en los juicios de filiación, más certeza para comprobar el nexó filial controvertido, respecto de otras probanzas tradicionalmente admitidas por el Derecho, el juzgador no está exento de realizar un estudio crítico del conjunto de los medios probatorios ofrecidos, admitidos y desahogados por las partes durante el proceso, pues ninguno de ellos puede ser por sí mismo conclusivo para llegar a la certeza de una cuestión tan delicada, como es el vínculo filiatorio de un individuo con alguno de sus ascendientes o con ambos. (Capítulo IV, página 491)

19.- En el trabajo de campo realizado en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el cual obra en el capítulo segundo de la presente investigación, corroboré que aun cuando la reforma realizada a la Ley sustantiva civil del Distrito Federal en el año 2000, ha permitido el incremento de los juicios de filiación, en virtud de la admisión expresa de los medios de prueba biológicos o provenientes del avance de los conocimientos científicos, no en todos los juicios se ha podido acreditar hasta el momento el nexó filial controvertido, porque en su mayoría la parte actora en los mismos, ha dejado de promover caducando con ello dichos juicios, por falta de inactividad procesal, particularmente en el período probatorio, ante la imposibilidad de solventar el costo tan elevado de la prueba pericial científica. (Capítulo II, páginas 201 y 202)

20.- El problema de la práctica de la prueba pericial genética en los juicios de filiación, lo constituye la resolución emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la contradicción de Tesis 81/2002 PS, suscitada entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Vigésimo tercer Circuito, con residencia en la ciudad de Aguascalientes, Aguascalientes, al siguiente tenor:

“PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la

huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído deberá ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107 fracción III, inciso b) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114 fracción IV de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar y no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano." (Capítulo IV, página 401)

21.- En la resolución emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de la contradicción de Tesis 81/2002 PS, suscitada entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados, ambos del Vigésimo tercer Circuito, con residencia en la ciudad de Aguascalientes, Aguascalientes, éste Alto Tribunal determinó que el auto a través del cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética, ocasiona perjuicios de imposible reparación, al afectarse derechos fundamentales del individuo como son: su libertad, integridad corporal y derecho a la intimidad. (Capítulo IV, página 411)

22.- La verdadera naturaleza jurídica de los supuestos derechos afectados (libertad, integridad corporal y derecho a la intimidad), mediante el auto en el cual se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial genética, es la de derechos de la personalidad y no la de derechos humanos, porque estos últimos sólo constituyen un reducido ámbito de aquellos, al encontrarse restringidos para su defensa, cuando son violados por el gobernante y únicamente poder ejercer su respeto jurídico a través del juicio de amparo. (Capítulo IV, página 413)

23.- En su resolución, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia le resta importancia a la prueba científica de la filiación, aun cuando todavía en la actualidad los medios probatorios tradicionales, representan un problema al no

proporcionar en la mayor parte de las ocasiones, los elementos suficientes para dimir con certeza un vínculo filial controvertido. Ignorando con ello, la necesidad de auxiliar a los juzgadores con métodos científicos más contundentes y particularmente, de los aportados por la medicina genética, pues hasta el momento, sólo éstos suministran la comprobación de dicho nexo filial controvertido, con un mínimo de error. (Capítulo IV, página 435)

24.- La filiación es una institución del derecho civil para la familia muy importante, porque además de ser fuente de trascendentes relaciones jurídicas, constituye un presupuesto jurídico necesario, una *conditio sine qua non*, para conocer el origen biológico de todo individuo, y por consiguiente, para obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con ese origen biológico le corresponde.

Todas éstas circunstancias, deben ser tomadas en cuenta frente a la posible afectación de la libertad del individuo, a quien por mandamiento judicial se ordena la práctica forzosa de la prueba pericial, pues toda persona puede ejercer su potestad libertaria tendiente al logro de su felicidad, mientras no dañe los derechos e intereses tanto de otra persona como de la colectividad y en éste rubro, corresponderá al Derecho compatibilizar los intereses sociales con los particulares, estableciendo una adecuada relación jurídica y social entre ellos, es decir, reconociendo y respetando la esfera de actividad individual, pero limitando al mismo tiempo, ese radio de acción del ser humano en interés de los demás, de lo contrario la sociedad degeneraría en un caos. (Capítulo IV, página 421)

25.- El mandamiento judicial a través del cual se ordena la práctica forzosa de la prueba pericial genética, no es en realidad una exigencia desmedida del órgano jurisdiccional, sino un límite a la libertad del sujeto, plenamente justificada por la importancia y naturaleza de la filiación como institución y fuente de importantes relaciones jurídicas dentro del derecho civil para la familia. (Capítulo IV, página 423)

26.- Considerando que la filiación es una institución de orden público e interés social y fuente de importantes relaciones jurídicas, cuyo objeto es determinar el estado civil o de familia de un cierto individuo respecto de otro, no es posible dejar al arbitrio de los intereses particulares de un determinado sujeto la práctica de la prueba pericial genética, con el pretexto del desempeño de su potestad libertaria, de la afectación de su integridad corporal y de la vulneración de su derecho a la intimidad, pues lejos de proteger sus derechos, se le está apoyando en un comportamiento nocivo en detrimento de un interés particular ajeno, así como del orden público, del interés social y del inobjetable principio de solidaridad humana. (Capítulo IV, página 436)

27.- La presunción legal contenida en el artículo 382 *in fine* de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal, es en principio violatoria de las normas esenciales del procedimiento y consecuentemente, del artículo 14 constitucional, porque no es suficiente una presunción legal para imputar la paternidad o maternidad, por la simple negativa del progenitor para aportar las muestras de material genético necesario, para la práctica de la prueba pericial científica, pues la misma constituye simplemente una prueba artificial, que, de ninguna manera es autónoma, ni hace prueba plena de una cuestión tan delicada, como es un vínculo filial controvertido. (Capítulo IV, página 489)

BIBLIOGRAFÍA.

LEGISLACIÓN.

- 1.- *Anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León*, T.I, Publicación del Estado de Nuevo León, México, 1991.
- 2.- *Constitución Española*, 9a. ed., Ed. Tecnos, España, 1997.
- 3.- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Sista, México, 2004.
- 4.- *Constitución Política de la República de Guatemala*, 2a. ed., publicación de la Procuraduría de los Derechos Humanos, Guatemala, 1994.
- 5.- *Código Civil Español*, 16a. ed., Ed. Tecnos, España, 1997.
- 6.- *Código Civil del Estado de Veracruz-Llave de 1868*, Imprenta el Progreso, Veracruz-México, 1868.
- 7.- *Código Civil del Estado de México de 1869*, Tipografía del Instituto Literario, Toluca-México, 1870.
- 8.- *Código Civil del Imperio Mexicano 1866*, Imprenta de Andrade y Escalante, México, 1866.
- 9.- *Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1870*, Tipografía de J.M. Aguilar Ortiz, México, 1875.
- 10.- *Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1884*, s.e., México, 1885.
- 11.- *Código Civil para el Distrito Federal de 1928*, Ed. Sista, México, 2000.
- 12.- *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos*, Ed. Sista, México, 2001.
- 13.- *Código de Derecho Canónico*, Miguélez Domínguez Lorenzo *et al.*, 2a. ed., Biblioteca de Autores Cristianos, España, 1947.
- 14.- *Código de Derecho Canónico*, Acebal, Juan Luis y Aznar Federico, 15a. ed., Biblioteca de Autores Cristianos, España, 1999.
- 15.- *Código de Familia de Bolivia*, Codificación Banzer, Bolivia, 1980.

- 16.- *Código de Familia de Costa Rica*, 5a. ed., Lehmann Editores, Costa Rica, 1986.
- 17.- *Código de Familia de la República de Cuba*, publicación oficial del Ministerio de Justicia, Cuba, 1975.
- 18.- *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*, Ed. Sista, México, 2004.
- 19.- *Código Familiar del Estado de Zacatecas*, publicación de Jurismática y de la Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 2000.
- 20.- *Código Familiar para el Estado de Hidalgo*, 6a. ed., publicación del Gobierno del Estado de Hidalgo, México, 1984.
- 21.- *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, Ed. Sista, México, 2004.
- 22.- *Código Penal Federal*, 10a. ed., Ediciones Fiscales Isef, México, 2003.
- 23.- *Convención Sobre los Derechos del Niño*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.
- 24.- *Compilación de Legislación de Derechos del Niño. ONU, Conferencia de la Haya, Derecho Internacional Humanitario, Consejo de Europa, Unión Europea, Organización de Estados Americanos y Organización para la Unidad Africana*, Ed. Mc. Graw Hill, España, 1998.
- 25.- *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948*, publicación de Talleres EPESSA, 1998.
- 26.- *Decreto de Promulgación de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de noviembre de 1994.
- 27.- *Legislación Mexicana 1856-1860*, T. VIII, Imprenta del Comercio de Dublan y Chávez, México, 1877.
- 28.- *Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Distrito Federal y su Reglamento*, Corporación Mexicana de Impresión, México, 2000.
- 29.- *Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal*, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 31 de enero del 2000.
- 30.- *Ley del Notariado para el Distrito Federal*, 5a. ed., Ediciones Delma, México, 2003.

31.- *Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo del 2000.

32.- *Ley sobre Relaciones Familiares de 1917*, Imprenta del Gobierno, México, 1917.

33.- *Proyecto de Código Civil Mexicano de Justo Sierra de 1859*, Imprenta de Vicente G. Torres, México, 1861.

34.- *Proyecto de Ley de Inseminación de Suecia de 1951*.

35.- TENA RAMIREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1998*, 21a. ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

JURISPRUDENCIA.

1.- Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. PATERNIDAD INVESTIGACIÓN DE LA PRUEBA PRESUNCIONAL (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE MÉXICO). Vol. C, 4ª parte, p. 82. Amparo Directo 5112/63.- Valente Manza Ochoa.- 13 de octubre de 1965.- 5 votos.- Ponente: José Castro Estrada.

2.- Semanario Judicial de la Federación. PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA, REQUIERE UN PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Sexta época, Tercera Sala, T. CXXXVI, Cuarta Parte, p. 121. Amparo Directo 4727/68.- Guillermina Tinajero González.- 28 de noviembre de 1968.- 5 votos.- Ponente Mariano Azuela.

3.- Semanario Judicial de la Federación. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD, PRUEBA DE LA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA). Séptima época, Tercera Sala, T. 91-96 Cuarta Parte, p. 65. Amparo Directo 5776/75. Juan Andrew Palazuelos Lugo.- 5 de julio de 1976. Unanimidad de 4 votos. Ponente Salvador Mondragón Guerra.

4.- Semanario Judicial de la Federación, ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 377 DEL CÓDIGO CIVIL, PUEDE ACREDITARSE A TRAVÉS DE LOS DIVERSOS MEDIOS DE PRUEBA RECONOCIDOS POR LA LEY (LEGISLACIÓN DE CHIAPAS). Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. XII- Julio, p. 135. Amparo Directo 140/93. María Adelina Santiz Encinos, por sí y en representación de su menor hijo Hugo Alberto Santiz Encinos. 25 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente Mariano Hernández Torres. Secretario. Noé Gutiérrez Díaz.

5.- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, PATERNIDAD INVESTIGACIÓN DE LA. PRUEBAS APTAS EN EL EJERCICIO DE ESA ACCIÓN. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. II de octubre de 1995, Tesis 1.3º.C.50 C, p. 590. Amparo Directo 4703/95. Roxana Romero Rodríguez. 14 de septiembre de 1995.

6.- Semanario Judicial de la Federación, PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA. VALOR DE LA PRUEBA PRESUNCIONAL. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO). Séptima época, Tercera Sala, T. 163-168, Cuarta parte, p. 107. Amparo Directo 2353/81. María del Carmen Pérez Lozano. 5 de julio de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

7.- Semanario Judicial de la Federación, PATERNIDAD O MATERNIDAD LA CIRCUNSTANCIA DE PROPORCIONAR ALIMENTOS A UN MENOR NO CONSTITUYE POR SI SOLO PRUEBA NI AUN PRESUNCIÓN DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). Octava época, Tribunal Colegiado de Circuito, T. XII- Septiembre, p. 269. Amparo Directo 309/93. Eliseo Mellanes Castellanos. 17 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Arturo J. Becerra Martínez.

8.- Semanario Judicial de la Federación, PATERNIDAD, ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA. PROCEDE AUN CUANDO EL HIJO CONCEBIDO NACIERE DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DEL PRESUNTO PADRE, DE ACUERDO CON LA INTERRELACIÓN DE LAS DISPOSICIONES SUSTANTIVAS APLICABLES. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, T. IV, Agosto de 1996, Tesis XII. 2º.12 C, p. 705. Amparo Directo 90/96. Delia Hortensia García Villaseñor, en representación de la menor Nayeli Rafaela García Villaseñor, 11 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio Adolfo Solorio Campos. Secretaria: Araceli Delgado Holguín.

9.- Semanario Judicial de la Federación. PATERNIDAD, INVESTIGACIÓN DE LA. NO ES NECESARIO QUE SE DEMUESTREN LAS RELACIONES SEXUALES ENTRE LA MADRE Y EL PRESUNTO PADRE. Séptima época, Tercera Sala, T. 217-228, Cuarta parte, p.234. Amparo Directo 3663/86. Rodolfo Morones Bravo. 22 de enero de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón.

10.- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Novena época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, Tomo. VIII, julio de 1998, Tesis II.2º.C.99 C, p. 381. Amparo Directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: José Valdez Villegas.

11.- PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolviendo por unanimidad de cinco votos de los Ministros: Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y su Presidente Juan N. Silva Meza (ponente), en el expediente de contradicción de tesis número 81/2002-PS, suscitado entre el Segundo y el Tercer Tribunales Colegiados ambos del Vigésimo tercer Circuito, con residencia en la ciudad de Aguascalientes, Aguascalientes.

12.- SUPLENCIA DE LA QUEJA. TRIBUNALES COMUNES. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES NO LOS AUTORIZA A EFECTUARLA. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 705/88. Francisco Javier García Castillo. 7 de abril de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

13.- SUPLENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LAS PARTES EN SUS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO. EN MATERIA FAMILIAR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUERRERO). Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Amparo Directo 403/2000. María Luisa Méndez Ríos. 15 de noviembre del 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Arturo Rafael Segura Madueño. Secretario: José Carlos F. Hernández García.

DOCTRINA.

1.- ALBALADEJO Manuel, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Ed. Bosch, España, 1974.

2.- ALVAREZ-CAPEROCHIPI, José, *Curso de Derecho de Familia*, T. II, Ed. Civitas, España, 1988.

3.- ALVAREZ VELEZ, María Isabel, *La Protección de los Derechos del Niño. En el Marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, España, 1994.

4.- AMATULLI VALENTE, Flaviano, *Los Mormones. Paganismo con Pantalla Cristiana*, Apóstoles de la Palabra e Impresores Encuadernadores, México, 1995.

5.- AMUCHATEGUI REQUENA, Griselda, *Derecho Penal*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2002.

6.- ANDERSON, Michael, *Sociología de la familia*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

- 7.- BALLESTER CARDELL, María, *La Intimidad como Fundamento de la Inviolabilidad del Domicilio*, Ed. Assaigs Jurídics y Universitat de les Illes Balears, España, 1998.
- 8.- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Ed. Harla, México, 1990.
- 9.- BARBERO, Domenico, *Sistema del Derecho Privado*. Trad. por Santiago Sentís Melendo, T. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1967.
- 10.- BASILE, Alejandro y David Waisman, *Fundamentos de Medicina Legal*, Ed. El Ateneo, Argentina, 1989.
- 11.- BATTLE SALES, Georgina, *El Derecho a la Intimidad Privada y su Regulación*, Ed. Marfil, España, 1972.
- 12.- BECERRA BAUTISTA, José, *Cientificidad de la Prueba en Relación con los Dictámenes Periciales y la Libertad de Apreciación del Juzgador*, Ediciones de la Universidad de Yucatán, México, 1971.
- 13.- BECERRA BAUTISTA, José, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil*, 4a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985.
- 14.- BECKER, Gary, *Tratado sobre la Familia*. Trad por Carlos Peraita de Grado, Ed. Alianza, España, 1981.
- 15.- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, T. I, 3a. ed., Ediciones Depalma, Argentina, 1983.
- 16.- BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, T. II, 3a. ed., Ediciones Depalma, Argentina, 1983.
- 17.- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Trad. por Manuel Osorio Florit, V. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1959.
- 18.- BONNIER, Eduardo, *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*. Trad. por José Vicente y Caravantes, T. I, 5a. ed., Ed. Reus, 1929.
- 19.- BONNIER, Eduardo, *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*. Trad. por José Vicente y Caravantes, T. II, 5a. ed., Ed. Reus, 1929.
- 20.- BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Familia*, T. I, 9a. ed., Ed. Perrot, Argentina, 1993.

- 21.- BOSSERT, Gustavo y Eduardo Zannoni, *Régimen legal de filiación y Patria Potestad*, 2a. reimpresión, Ed. Astrea, Argentina, 1987.
- 22.- BOSSERT, Gustavo y Eduardo Zannoni, *Manual de Derecho de Familia*, 2a. ed., Ed. Astrea, Argentina, 1989.
- 23.- BOTTOMORE, T.B., *Introducción a la Sociología. Historia, Ciencia y Sociedad*, 4a. ed., Ediciones Península, España, 1968.
- 24.- BRANCA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Privado*. Trad. por Pablo Macedo, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 1978.
- 25.- BUENO RINCÓN, Fabio Enrique, *La Investigación de la Filiación y las Pruebas Biológicas*, 2a. ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1996.
- 26.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 13a. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.
- 27.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de Amparo*, 39a. ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- 28.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 34a. ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- 29.- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, *La Valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil*, Ed. Trivium, España, 1992.
- 30.- CABRILLO, Francisco, *Matrimonio, Familia y Economía*, Minerva Ediciones, España, 1996.
- 31.- CARBONNIER, Jean, *Derecho Civil. Situaciones Familiares y Cuasi-Familiares*. Trad. por Manuel María Zorrilla Ruiz, T. I, V. II, Ed. Bosch, España, 1961.
- 32.- CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil*. Trad. por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 2a. ed., Ediciones Depalma, Argentina, 1982.
- 33.- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Familia (Relaciones paternofiliales y tutelares)*, T IV, 6a. ed., Instituto Editorial Reus, España, 1944.
- 34.- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los Derechos de la Personalidad*, Instituto Editorial Reus, España, 1952.
- 35.- CASTELLAN, Yvonne, *La Familia*. Trad. por Hugo Martínez Moctezuma, 2a. reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.

- 36.- CICU, Antonio, *La Filiación*. Trad. por Faustino Giménez Arau y José Santacruz Tejeiro, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1930.
- 37.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, 7a. ed., Ed. Porrúa, México, 1992.
- 38.- CHAVEZ ASENCIO, Manuel y Julio Hernández Barros, *La Violencia Intrafamiliar en la Legislación Mexicana*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.
- 39.- CHODOROW, Nancy, *El Ejercicio de la Maternidad, Psicoanálisis y Sociología de la Maternidad y Paternidad en la Crianza de los Hijos*. Trad. por Oscar L. Molina Sierralta, Ed. Gedisa, España, 1984.
- 40.- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Curso Elemental de Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. VI, Librería General de Victoriano Suárez, España, 1920.
- 41.- COLIN, Ambrosio y H Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. I, 2a. ed., Ed. Reus, España, 1922.
- 42.- COLIN, Ambrosio y H Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. II, 2a. ed., Ed. Reus, España, 1922.
- 43.- COSTA PINTO, L. A., *Estructura de Clases y Cambio Social*, 3a. ed., Ed. Paidós, Argentina, 1974.
- 44.- COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil. Pruebas en Materia Civil*, T. II, Ediar Editores, Argentina, 1949.
- 45.- COVARRUBIAS, Paz *et al.*, *¿Crisis en la Familia?*, Publicación del Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile, 1983.
- 46.- DE BENAVENTE, Toribio, *Historia de los Indios de la Nueva España*, Ed. de Salvador Chávez Hayhoe, México, 1941.
- 47.- DE COSSIO Y CORRAL, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Ed. Civitas, España, 1988.
- 48.- DEL CAMPILLO, Francisco y Jaime Mans Puigarnau, *Derecho Canónico. Parte General*, 2a. ed., Ed. Bosch, España, 1953.
- 49.- DEL CAMPO, Salustiano, *Familias: Sociología y Política*, Ed. Complutense, España, 1995.
- 50.- DEL CASTILLO MORALES, Luis, *Sociología. Estudio de la Sociedad y de las Relaciones Humanas*, T. II, Editora de la Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana, 1974.

- 51.- DE COULANGES, Fustel, *La Ciudad Antigua. Estudio sobre el Culto, el Derecho y las Instituciones de Grecia y Roma*. Trad. por José Manuel Villalaz 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1978.
- 52.- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1978.
- 53.- DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Reflexiones Sobre la Filiación Ilegítima en Derecho Español*, Ed. Tecnos, España, 1975.
- 54.- DE LA HERA, Alberto, *Notas Sobre Algunos Precedentes Medievales del Derecho Canónico Indiano*, Ediciones del Excmo. Cabildo Insular de Gran Canaria, España, 1982.
- 55.- D' ANTONIO, Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, 4a. ed., Ed. Astrea, Argentina, 1994.
- 56.- D' LEÓN, Milton y Andrea Polaco, *Elementos de Materialismo Histórico*, Ed. Formación Marxista, Argentina, s.f.
- 57.- DELLEPIANE, Antonio, *Nueva Teoría de la Prueba*, 9a. ed., Ed. Temis, Colombia, 1997.
- 58.- DE PINA, Rafael, *Derecho Civil Mexicano. Introducción, Personas y Familia*, Vol. I, Ed. Porrúa, México, 1960.
- 59.- DE PINA, Rafael, *Tratado de las Pruebas Civiles*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1981.
- 60.- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Derecho de Familia, Derecho Hereditario*. Trad. por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Tomo II, Vol. II., Instituto Editorial Reus, España, 1978.
- 61.- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. I, 5a. ed., Víctor P. De Zavalía Editor, Argentina, 1981.
- 62.- DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, T. II, 5a. ed., Víctor P. De Zavalía Editor, Argentina, 1981.
- 63.- DI LELLA, Pedro, *Paternidad y Pruebas Biológicas*, Ed. Depalma, Argentina, 1997.
- 64.- DIEZ PICAZO, Luis y Antonio Gullon, *Sistemas de Derecho Civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, 5a. ed., Ed. Tecnos, España, 1989.
- 65.- DÖHRING, Erich, *La Prueba. Su Práctica y Apreciación*. Trad. por Tomás A. Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1986.

- 66.- DONOSO, Justo, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, Librería de Rosa y Bouret, Francia, 1868.
- 67.- EISNER, Isidoro, *La Prueba en el Proceso Civil*, 2a. ed., Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1992.
- 68.- ENGELS, Federico, *El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado*, Ed. Progreso, Rusia, s.f.
- 69.- ENNECCERUS, Ludwig, *et al.*, *Tratado de Derecho Civil*, T. IV, V. I, reimpresión, Ed. Bosch, España, 1979.
- 70.- ESCARDO, F, *Anatomía de la Familia*, 7a. ed., Ed. El Ateneo, Argentina, 1974.
- 71.- ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *et al.*, *El Nuevo Derecho de Familia Español*, Ed. Reus, España, 1982.
- 72.- ESQUIVEL OBREGON, T, *Apuntes para la Historia del Derecho en México. Nueva España*, T. II, Ed. Polis, México, 1938.
- 73.- ESTRADA ALONSO, Eduardo, *Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, 2a. ed., Ed. Civitas, España, 1991.
- 74.- ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, *Los Análisis del ADN y su Aplicación al Proceso Penal*, Ed. Comares, España, 2000.
- 75.- FALCÓN, Enrique M, *Como se Ofrece y se Produce la Prueba*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1993.
- 76.- FARIÑAS MATONI, Luis María, *El Derecho a la Intimidad*, Ed. Trivium, España, 1983.
- 77.- FERNANDEZ ARRUTY, José Ángel, *Nociones de Derecho Canónico*, Porto y Compañía Editores, España, 1966.
- 78.- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, *El Derecho a la Intimidad*, Ed. Universidad, Argentina, 1982.
- 79.- FLUGEL, J.C., *Psicoanálisis de la Familia*. Trad. por María Luisa Ferrando de Cobanera, Ed. Paidós, Argentina, 1972.
- 80.- FROMM Erich *et al.*, *La Familia*. Trad. por Jordi Solé-Tura, 5a. ed., Ediciones península, España, 1978.
- 81.- FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1990.

- 82.- FURNO, Carlo, *Teoría de la Prueba Legal*, Ed. Obregón y Heredia, México, 1983.
- 83.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 9a. ed., Ed. Porrúa, México, 1989.
- 84.- GALVÁN RIVERA, Flavio, *El Concubinato en el Vigente Derecho Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2003.
- 85.- GESCHE MÜLLER, Bernardo, *Investigación de la paternidad ilegítima*, Publicación del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Chile, Chile, 1967.
- 86.- GIBERT, Rafael, *Elementos Formativos del Derecho en Europa. Germánico, Románico y Canónico*, Imprenta de Francisco Román, España, 1975.
- 87.- GIRALDO, César Augusto, *Medicina Forense*, 6a. ed., Publicación de la Universidad de Antioquia, Colombia, 1991.
- 88.- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *La Fecundación In Vitro y la Filiación*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.
- 89.- GÓMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, Fernando, *El Proceso Civil*, 3a. ed., Ed. Forum, España, 1996.
- 90.- GONZALBO, Pilar, *Historia de la Familia*, Publicación de la Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1993.
- 91.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 1961.
- 92.- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La Construcción del Derecho. Métodos y Técnicas de Investigación*, Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.
- 93.- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel, *La Familia, el Derecho y la Libertad*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, España, 1987.
- 94.- GROSMAN, Cecilia, *Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido*, Ed. A' baco de Rodolfo de Palma, Argentina, 1982.
- 95.- GUGLIELMI, Enrique, *Instituciones de Derecho Civil*, reimpresión, Ed. Universidad, Argentina, 1980.
- 96.- GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué es el Derecho de Familia?*, Vol. II, Ed. Porrúa, México, 1992.

- 97.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio. El Pecuniario y el Moral o Derechos de la Personalidad*, 7a. ed., Ed. Porrúa, México, 2002.
- 98.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 15a. ed., Ed. Porrúa, México, 2003.
- 99.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio Intervivos y Mortis Causa*, 5a. ed., Ed. Porrúa, México, 2003.
- 100.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, Ed. Porrúa, México, 2004.
- 101.- HERNÁNDEZ PEÑALOZA, Guillermo, *El Derecho en Indias y en su Metrópoli*, Ed. Temis, Colombia, 1969.
- 102.- HERRERA CAMPOS, Ramón, *La Investigación de la Paternidad y la Filiación no matrimonial*, Publicación de la Universidad de Granada, España, 1987.
- 103.- IBAN, Iván C, *Derecho Canónico y Ciencia Jurídica*, Publicación de la Universidad Complutense de Madrid, España, 1984.
- 104.- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 9a. ed., Ed. Ariel, España, 1987.
- 105.- JOHNSON, H. M. et. al., *Sociología y Psicología Social de la Familia*. Trad. por Emma Kestelboim, José Topf y Jorge García Bouza, Ed. Paidós, Argentina, 1967.
- 106.- KIPP, Theodor y Martin Wolff, *Derecho de Familia. Relaciones PaternoFiliales y Parentales, Tutela*, Vol. II, 20a. ed., Ed. Bosch, España, s.f.
- 107.- KOHLER, J, *El Derecho de los Aztecas*. Trad. por Carlos Rovalo y Fernández, Compañía Editora Latino Americana, México, 1924.
- 108.- LACRUZ BERDEJO, José Luis y Francisco De Asís Sancho Rebullida, *Derecho Familiar*, T. I, 3a. ed., Ed. Bosch, España, 1978.
- 109.- LEHMANN, Heinrich, *Derecho de Familia*. Trad. por José María Mavas, Vol. IV, Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1953.
- 110.- LEÑERO OTERO, Luis, *Investigación de la Familia en México*, Publicación del Instituto Mexicano de Estudios Sociales, México, 1968.
- 111.- LEÑERO OTERO, Luis, *La Familia*, Publicación del Instituto Mexicano de Estudios Sociales, y Ed. Edicol, México, 1976.

- 112.- LEÑERO OTERO, Luis, *Los Niños de la y en la Calle. Problemática y estrategias para abordarla*, Publicación de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, 1998.
- 113.- LOMBARDIA, Pedro, *Lecciones de Derecho Canónico*, Ed. Tecnos, España, 1984.
- 114.- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho de Familia*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1984.
- 115.- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Legitimación de Hijos Extramatrimoniales*, Ed. Depalma, Argentina, 1960.
- 116.- LOYARTE, Dolores y Adriana Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Ed. Depalma, Argentina, 1995.
- 117.- LLEDO YAGUE, Francisco, *Acciones de Filiación*, Ed. La Ley, España, s.f.
- 118.- LLOVERAS, Nora, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Argentina, 1986.
- 119.- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo III, Ed. Porrúa, México, 1988.
- 120.- MANFREDI, Marcos, *Compendio de Derecho Romano Comparado con el Derecho Civil Italiano*, Publicación de los Talleres de la Ciencia Jurídica, México, 1901.
- 121.- MARGADANT, Guillermo, *La Iglesia Mexicana y el Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1984.
- 122.- MARTIN LÓPEZ, Enrique, *Familia y Sociedad. Una Introducción a la Sociología de la Familia*, Publicación del Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra y Ediciones Rialp, España, 2000.
- 123.- MARTÍNEZ MURILLO, Salvador y Luis Saldivar, *Medicina Legal*, 16a. ed., Méndez Editores, México, 1998.
- 124.- MARX, Carlos y Federico Engels, *Obras Escogidas*, T. I, 2a. ed., Ediciones Quinto Sol, México, 1985.
- 125.- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Las Pruebas en Materia Civil. Mercantil y Federal*, 3a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988.
- 126.- MAZEAUD, Henri *et. al.*, *Lecciones de Derecho Civil. La Familia, Constitución de la Familia*. Trad. por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Parte Primera, Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa- América, Argentina, 1959.

- 127.- MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, T. IV, 3a. ed., Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Argentina, 1995.
- 128.- MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *La Filiación*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1986.
- 129.- MÉNDEZ COSTA María Josefa *et. al.*, *Derecho de Familia*, T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1984.
- 130.- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *El Derecho Precolonial*, 5a. ed., Ed. Porrúa, México, 1985.
- 131.- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derechos de la Personalidad, Derechos de la Familia y Derechos Reales*, T. III, 8a. ed., Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1954.
- 132.- MEZA BARROS, Ramón, *Manual de Derecho de la Familia*, T. I, 2a. ed., Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1979.
- 133.- MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Ed. Astrea, Argentina, 1998.
- 134.- MOJER, Mario, *La Ley de las Doce Tablas*, Publicación de la Universidad Nacional de la Plata. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Argentina. 1994.
- 135.- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de Familia y de Menores*, 2a. ed., Ediciones Jurídicas Wilches, Colombia, 1991.
- 136.- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1990.
- 137.- MORGAN, Lewis Henry, *La Sociedad Antigua*, Ediciones Venceremos, Cuba, 1966.
- 138.- MULDWORF. Bernard, *La Paternidad*, Ediciones Guadarrama, España, 1973.
- 139.- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un Conflicto de Derechos*, Ed. Siglo Veintiuno, México, 1979.
- 140.- O' CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Investigación de la Paternidad. Acciones de Filiación. Investigación de la Paternidad. Prueba Biológica*, Actualidad Editorial, España, 1993.
- 141.- OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio, *La Filiación en España. Jurisprudencia y Doctrina*, Ed. Comares, España, 1991.

- 142.- ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, *La Prueba de Documentos en el Proceso Civil: Estudio Jurisprudencial*, Actualidad Editorial, España, 1993.
- 143.- ORTIZ URQUIDI, Raúl, *Oaxaca. Cuna de la Codificación Iberoamericana*, Ed. Porrúa, México, 1974.
- 144.- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 2a. ed., Ed. Harla, México, 1985.
- 145.- PACHECO, Alberto, *La Familia en el Derecho Civil Mexicano*, 2a. ed., Panorama Editorial, México, 1991.
- 146.- PAILLAS, Enrique, *La Prueba en el Derecho Penal*, 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992.
- 147.- PATITÓ, José Ángel, *Medicina Legal*, 2a. ed., Ediciones Centro Norte y Carlos Vicino Editor, Argentina, 2001.
- 148.- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, *Derecho de Familia*, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, España, 1989.
- 149.- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, Ed. McGraw-Hill, México, 1998.
- 150.- PÉREZ PALMA, Rafael, *Guía de Derecho Procesal Civil*, T. I, 9a ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2001.
- 151.- PÉREZ PALMA, Rafael, *Guía de Derecho Procesal Civil*, T. II, 9a. ed., Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2001.
- 152.- PÉREZ GALAZ, Juan de Dios, *Derecho y Organización Social de los Mayas*, Publicación de los Talleres Tipográficos del Gobierno Constitucional del Estado de Campeche, México, 1943.
- 153.- PLANIOL, Marcelo y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés: La Familia, Matrimonio, Divorcio y Filiación*. Trad. por Mario Díaz Cruz, T. II, Ed. Cultural, Cuba, 1946.
- 154.- PRIMAROSA CHERI y Eduardo Zannoni, *La Prueba del ADN*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Argentina, 1999.
- 155.- PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia. Paternidad y Filiación*, T. II, Vol. II, 2a. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1971.
- 156.- QUICIOS MOLINA, María Susana, *Determinación de la Filiación No Matrimonial por Reconocimiento*, Ed. Bosch, España, 1997.

- 157.- QUIROZ CUARON, Alfonso, *Medicina Forense*, 8a. ed., Ed. Porrúa, México, 1996.
- 158.- RAMOS PAZOS, René, *Derecho de Familia*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1994.
- 159.- RASCÓN, Antonieta, *Situación de la Mujer en México*, Publicación del Programa de México Para el Año Internacional de la Mujer, México, 1975.
- 160.- RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología*, 11a. ed., Ed. Porrúa, México, 1971.
- 161.- RÍOS GONZÁLEZ, José Antonio, *Crisis Familiares. Causas y Repercusiones*, Ed. Narcea, España, 1983.
- 162.- RIPERT, Georges, *La Régle Morale Dans Les Obligations Civiles*, 4a. ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, France, 1949.
- 163.- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1992.
- 164.- RIVERO HERNANDEZ, Francisco, *La Presunción de Paternidad Legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español*, Ed. Tecnos, España, 1971.
- 165.- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*, 29a. ed., Ed. Porrúa, México, 2000.
- 166.- ROMEO CASABONA, Carlos María y María Casado, *Derecho Biomédico y Bioética*, Ed. Comares, España, 1998.
- 167.- ROMO PIZARRO, Osvaldo, *Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1992.
- 168.- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique, *Manual de Derecho de Familia*, 6a. ed., Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1992.
- 169.- SÁNCHEZ AZCONA, Jorge, *Familia y Sociedad*, 3a. ed., Ed. Joaquín Mortiz, México, 1991.
- 170.- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia de México*, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1991.
- 171.- SÁNCHEZ VAZQUEZ, Rafael, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4a. ed., Ed. Porrúa, México, 1999.
- 172.- SAVATER, Fernando, *Nuevos Amores. Nuevas Familias*, TusQuets Editores, España, 1992.

- 173.- SEHLING, *Derecho Canónico*. Trad. por Juan Moneva y Puyol, 2a. ed., Ed. Labor, España y Argentina, 1933.
- 174.- SELBY, Henry *et. al.*, *La Familia en el México Urbano*, Publicación del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1994.
- 175.- SENTÍES, Yolanda, *Los Derechos de la Mujer en la Legislación Mexicana*, 2a. ed., Publicación del Gobierno del Distrito Federal, México, 1985.
- 176.- SENTÍS MELENDO, Santiago, *La Prueba. Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1979.
- 177.- SERNA MEROÑO, Encarnación, *La Reforma de la Filiación*, Ed. Montecorvo, España, 1985.
- 178.- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo y Margarita Villanueva Colín, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Ed. Harla, México, 1996.
- 179.- SOLÍS PONTÓN, Leticia, *La Familia en la Ciudad de México. Presente, Pasado y Devenir*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- 180.- SOTO LA MADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed. Astrea, Argentina, 1990.
- 181.- SOUSTELLE, Jacques, *La Vida Cotidiana de los Aztecas*. Trad. por Carlos Villegas, reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1970.
- 182.- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho. Introducción al Estudio de la Ciencia Jurídica*, reimpresión, Ed. Themis, México, 1996.
- 183.- TIMASHEFF, Nicholas, *La Teoría Sociológica. Su Naturaleza y Desarrollo*. Trad. por Florentino M. Torner, 12a. reimpresión, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- 184.- TORRES RIVERO, Arturo Luis, *Pruebas de Estado (Derecho de Familia Parte General)*, Publicación de la Universidad Central de Venezuela, Venezuela, 1970.
- 185.- TOSCANO, Salvador, *Derecho y Organización Social de los Aztecas*, Publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1937.
- 186.- TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil*. Trad. por Luis Martínez Calcerrada, 15a. ed., Ed. Revista de Derecho Privado, España, 1966.

187.- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia*, T. I, 3a. ed., Publicación de los Talleres Tipográficos Cuesta, España, 1926.

188.- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia*, T. IV, 3a. ed., Publicación de los Talleres Tipográficos Cuesta, España, 1926.

189.- VARGAS ALVARADO, Eduardo, *Medicina legal*, Ed. Trillas, México, 1996.

190.- VERRUNO, Luis y Haas Emilio, *Manual para la Investigación de la Filiación. Actualización Médico-legal*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1985.

191.- VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*, Ed. Civitas, España, 1988.

192.- VON IHERING, Rodolfo, *El Espíritu del Derecho Romano*. Trad. por Enrique Príncipe Satorres, T. I, Ed. D. Carlos Bailly-Bailliere, España, 1891.

193.- VON IHERING, Rodolfo, *El Espíritu del Derecho Romano*. Trad. por Enrique Príncipe Satorres, T. II, Ed. D. Carlos Bailly-Bailliere, España, 1891.

194.- WIKLER, Daniel, *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, V. I, Publicación de la Fundación BBV y Diputación Foral de Biskaia, España, 1993.

195.- WITTHAUS, Rodolfo, *Prueba Pericial*, Ed. Universidad, Argentina, 1991.

196.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1989.

197.- ZANNONI, Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, Ed. Astrea, Argentina, 1978.

198.- ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. I, 2a. ed., Ed. Astrea, Argentina, 1989.

199.- ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II, 2a. ed., Ed. Astrea, Argentina, 1989.

200.- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Derecho a la Intimidad*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982.

ENSAYOS.

1.- ALVA RODRÍGUEZ, Mario, "El ADN (Ácido Desoxirribonucleico) su Caracterización y Utilidad en la Investigación Criminalística y Médico Forense,

Criminalia, México, Ed. Porrúa, Publicación Anual, Año LVII, No. 1-12, Enero-Diciembre de 1991.

2.- BARROSO FIGUEROA, José, "Maternidad, Paternidad y Genética", *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar Presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México*, México, Filiberto Cárdenas Uribe/ Cárdenas Editor y Distribuidor, 1996.

3.- COSTAS LUGO, Carolyn, "Las Pruebas de ADN y su Justo Valor Probatorio", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Puerto Rico, Publicación de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Vol. 37, No. 2 y 3, Mayo-Diciembre de 1998.

4.- DE LA CAMARA ÁLVAREZ, Manuel, "La Prueba Judicial de la Filiación", *Anales*, España, Publicación de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, No. 28, 1998.

5.- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Las Modernas Técnicas Biológicas y los Principios Clásicos sobre la Determinación de la Filiación. Esquema para su Regulación Legal", *Jurisprudencia Argentina*, Argentina, Año XXIII, No. 798, 9 de marzo de 1961.

6.- DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús, "Las Acciones de Filiación Encuadramiento General y Funciones de la Posesión de Estado", *Revista de Derecho Privado*, España, Publicación mensual, junio 1996.

7.- ESTIVILL, Luis Alberto, "Biología, Sociología y Derecho en Materia de Filiación. Ideas y Concreciones Legislativas Recientes", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Argentina, Publicado por la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe Argentina, tercera serie, No. 20, 1978.

8.- FAIREN GUILLEN, Víctor, "La Investigación Biológica de la Paternidad y su Valor Desde el Punto de Vista Procesal", *Anuario de Derecho Civil*, España, Estudios Monográficos, T. III, 1950.

9.- FIGUEROA ROMÁN, Miguel, "El Problema Social de la Ilegitimidad de los Hijos", *Revista de la Facultad de Derecho*, Argentina, Publicación del Ministerio de Educación de la Nación y Universidad Nacional de Tucumán, No 11, 1954.

10.- FLORES GARCIA, Fernando, "Los Elementos de la Prueba", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Edición Conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

11.- FRIGERIO César, "La Filiación", *Estudios Jurídicos*, Chile, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Vol. 2, No. 1 y 2, 1973.

12.- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "La Filiación y la Paternidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, T. XXVII, No 110, 1978.

13.- GALVÁN RIVERA Flavio, "La Inseminación Artificial en Seres Humanos y su Repercusión en el Derecho Civil", *Revista Jurídica de Posgrado*, México, Publicado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, Publicación Trimestral, Año 1, No 2, Abril-Junio de 1995.

14.- GROSMAN, Cecilia, "La Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido, Estudio Comparativo de la Legislación Argentina con el Código de Familia de Costa Rica de 1974, Código de Bolivia de 1972, Ley Francesa de Filiación de 1972 y Ley Italiana de 1975", *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José Costa Rica, Publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica, No. 35, 1978.

15.- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor, "Genética Humana y Derecho a la Vida Privada", *Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos*, México, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995

16.- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo (Coordinador), "El Genoma", *Derecho y Cultura*, Órgano de Divulgación de la Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura, 2001-2002.

17.- ONGAY, Mario, "La Familia de las Clases Medias en México", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, México, Publicado por la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Trimestral, Año XXV y XXVI, Nueva Época, Octubre-Diciembre 1979 y Enero-Marzo 1980.

18.- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Comentarios a las Reformas Legislativas en Materia de Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Cuatrimestral, Nueva Serie, Año XXXII, Número 94, Enero-Abril de 1999.

19.- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "La Violencia Intrafamiliar", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Cuatrimestral, Nueva Serie, Año XXXII, Número 95, Mayo-Agosto de 1999.

20.- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Violencia contra Menores; un Acercamiento al Problema en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional

Autónoma de México, Publicación Cuatrimestral, Nueva Serie, Año XXXII, Número 96, Septiembre-Diciembre de 1999.

21.- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "La Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar Para el Distrito Federal: Comentarios en Torno al Contenido de sus Reformas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Cuatrimestral, Nueva Serie, Año XXXIII, Número 98, Mayo-Agosto del 2000.

22.- PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "Las Leyes Federal y del Distrito Federal sobre Protección de los Derechos de Niñas y Niños", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Cuatrimestral, Nueva Serie, Año XXXIV, Número 102, Septiembre-Diciembre del 2001.

23.- RAINER, Frank, "L' Examen Biologique Sous Contrainte Dans Le Cadre de L'Établissement de la Filiation En Droit Allemand", *Revue Internationale de Droit Comparé*, *Société de Legislation Comparée*, France, Trimestrielle, No. 4, Octobre-Décembre 1995.

24.- SOTO REYNA, René, "Aspectos Médico-Legales de la Inseminación Artificial en Seres Humanos", *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*, México, Editorial del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango, Publicación mensual, Num. 20 y 21, octubre de 1985 y marzo de 1986.

25.- TAK, Peter, "Le test ADN et la procédure pénale en Europe", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, France, Ed. Sirey, No. 4, Trimestrielle, Octobre-Décembre 1993.

26.- TEJEDA, José Francisco, "Nuevos Medios de Prueba de la Paternidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Publicación Semestral, Año XI, Números 31-32, Enero-Agosto de 1978.

27.- ZEA, LEOPOLDO, "La Familia Mexicana y su Sentido", *Anuario Jurídico*, México, Publicación Anual, No. 13, 1986.

28.- ZICARELLI, Filho, La Prueba en la Acción de Investigación de la Paternidad, *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, Publicada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Publicación Bimestral, Tercera Época, No. 3, Mayo-Junio 1965.

OTRAS FUENTES.

- 1.- *BIBLIA*, Ed. Verbo Divino, España, 1995.
- 2.- CONSEJO PARA LA ASISTENCIA Y LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR, *II Informe Anual de Actividades del Consejo para la Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar en el Distrito Federal en el período de Julio 1999-Junio 2000*.
- 3.- CORRAL SALVADOR, Carlos y José María Urteaga Embil, *Diccionario de Derecho Canónico*, Publicación de la Universidad Pontificia Comillas y Ed. Tecnos, España, 1989.
- 4.- *ENCICLOPEDIA OMEBA*, Tomo XXVI, Ed. Credsa, España, 1972.
- 5.- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario de Derecho Romano*, Ed. SEA, Argentina, 1962.
- 6.- GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, T. II, Ed. Abeledo- Perrot, Argentina, 1986.
- 7.- GARRONE, José Alberto, *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, T. III, Ed. Abeledo- Perrot, Argentina, 1987.
- 8.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. II, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1987.
- 9.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. III, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1988.
- 10.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. IV, 2a. ed., Ed. Porrúa, México, 1988.
- 11.- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, *Las Familias Mexicanas*, 2a. ed., Publicación del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, México, 1999.
- 12.- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, *Mujeres y Hombres en México*, 5a. ed., Publicación del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, México, 2001.
- 13.- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA, *Indicadores Sociodemográficos en México (1930-2000)*, Publicación del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, México, 2001.

14.- LAGOMARSINO, Carlos y Marcelo Salerno, *Enciclopedia de Derecho de Familia*, T. II, Ed. Universidad, Argentina, 1992.

15.- MASCAREÑAS, Carlos E., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. IX, Ed. Francisco Seix, España, 1958.

16.- MASCAREÑAS, Carlos E., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XIII, Ed. Francisco Seix, España, 1958.

17.- MEMORIA DEL PRIMER SIMPOSIO DE HISTORIA DE LAS MENTALIDADES: "FAMILIA, MATRIMONIO Y SEXUALIDAD EN NUEVA ESPAÑA", realizado por el Instituto Nacional de Antropología e Historia, Centro de Investigaciones Sobre las Culturas de la Secretaría de Relaciones Exteriores de Francia, Embajada de Francia en México, Universidad de California, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Turín, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

18.- REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio*, T. II, Imprenta Real, España, 1972.

19.- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 21a. ed., Ed. Espasa-Calpe, España, 2001.

20.- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario Patria de la Lengua Española*, Tomo IV, Ed. Patria, México, 1983.

21.- RESOLUCIÓN EMITIDA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 81/2002-PS, SUSCITADA ENTRE EL SEGUNDO Y EL TERCER TRIBUNALES COLEGIADOS, AMBOS DEL VIGÉSIMO CIRCUITO, CON RESIDENCIA EN LA CIUDAD DE AGUASCALIENTES, AGUASCALIENTES.