



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**LA FILIACIÓN: SU DEMOSTRACIÓN EN EL
CASO QUE LOS PADRES SE OPONGAN A
LA PRACTICA DE LA PRUEBA DEL ADN, EN
LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
NOLBERTO BARRÓN GUTIÉRREZ**

ASESOR: LIC. JOSÉ CARMEN MÚGICA JURADO

NOVIEMBRE, 2012.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A mi esposa Norma

Por todo su apoyo, por la familia que hemos formado juntos, por los anhelos de que siempre estaremos juntos, y que también nos podamos desarrollar en el campo profesional.

A mis queridos Hijos Ajax Cuauhtémoc y Esteban Axel

Con todo mi amor, de quiénes espero que se conviertan en hombres de bien, que luchen por superarse cada día que pasa, para ser forjadores de la historia.

A mis padres Esteban y Reyna:

Que con sus sabios consejos hicieron de sus hijos personas de bien, que nos enseñaron que el camino para salir adelante es el estudio y el trabajo; por enseñarnos a tener fe y esperanza.

A mis hermanos:

Por ser parte de la familia, por su amistad, por su ejemplo, por ser solidarios ante la adversidad, por su apoyo incondicional, por sus consejos y su motivación.

A mis amigos:

Por todo su apoyo, porque siempre están ahí para ayudar y compartir la virtud de la amistad.

AGRADECIMIENTOS

A Dios. Creador de la vida, por haberme permitido concluir este trabajo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México. Máxima casa de estudios de México, por abrirme sus puertas.

Al Lic. José Martínez Ochoa. Quien en vida me apoyó e impulsó para la realización de este trabajo, con su gran experiencia y su paciencia. En gran parte por ello, es que culminó el presente trabajo.

Al Lic. José Carmen Múgica Jurado. Asesor de esta tesis; por su disposición y ayuda para concluir el presente trabajo.

A los Lics. Raúl Chávez Castillo, Alma Rosa Bernal Cedillo, Alejandro García Román, y Arturo Galván Pérez, profesores parte del Sínodo, por su comprensión y valiosas observaciones en el presente trabajo.

Al Mtro. Esteban Barrón Gutiérrez, por su infinito apoyo y asesoría para la elaboración de este trabajo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	I	
CAPÍTULO PRIMERO	CONCEPTOS GENERALES DE LA FILIACIÓN.....	1
1.1	Antecedentes históricos.....	1
1.2	Concepto.....	6
1.3	Filiación, maternidad y paternidad. El problema de la denominación.....	7
1.4	Noción natural y noción jurídica.....	8
1.5	Clases de filiación.....	10
1.6	Derechos derivados de la filiación.....	16
1.7	Prueba de la Filiación.....	22
1.7.1	Filiación matrimonial.....	23
1.7.2	Filiación extramatrimonial.....	31
1.8	Investigación de la maternidad y de la paternidad.....	37
CAPITULO SEGUNDO	MARCO NORMATIVO.....	49
2.1.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	49
2.2.	Convención sobre los Derechos del Niño.....	51
2.3.	Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.....	54
2.4.	Código Civil para el Estado de México.....	57
2.5.	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México. . .	60
2.6.	Análisis comparativo de las legislaciones sustantiva y adjetiva para el Estado de México y el Distrito Federal.	64
2.7.	Jurisprudencia.....	69
CAPITULO TERCERO	ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS DE LA PRUEBA DEL ADN.....	79
3.1.	La Prueba. Nociones generales.....	79
3.2.	La Prueba Pericial.....	86
3.3.	La Prueba Pericial Genética molecular del ADN.....	93
3.3.1	Antecedentes de la prueba del ADN.....	93
3.3.2	El proceso científico de la prueba del ADN.....	98
3.3.3	Procedimiento de impresión del ADN.....	101
3.3.4	Aplicación de la prueba del ADN. Requerimientos.....	105
3.3.5	La prueba molecular del ADN y su práctica para la identificación de individuos.....	107
3.4.	Valoración de la prueba.....	111

CAPITULO CUARTO	LA DEMOSTRACIÓN DE LA FILIACIÓN ANTE LA NEGATIVA DE PRACTICARSE LA PRUEBA DEL ADN.	117
4.1	La prueba de ADN como el medio idóneo para la investigación de la maternidad y paternidad.	117
4.2	Importancia del derecho a la identidad, certeza jurídica y familia.	124
4.3	La negativa al sometimiento de la Prueba Pericial de ADN por parte de los supuestos progenitores.	126
4.4	Razones de la presunción de la paternidad y maternidad en caso de negativa a someterse a la Prueba Pericial de ADN por parte de los presuntos progenitores.	133
4.4.1	Posición de la jurisprudencia nacional al respecto.	152
4.5	Propuesta de reforma en el Código Civil del Estado de México.	166
4.6	Reflexiones finales.	172
	CONCLUSIONES.	177
	BIBLIOGRAFÍA.	189

INTRODUCCION.

Dentro de las instituciones de familia, una de las más importantes por constituir un hecho natural, es la filiación. Ésta es, en principio, una relación biológica entre progenitores y descendientes, la cual tendrá consecuencias jurídicas después de su establecimiento en los términos decretados por la Ley. Lo anterior implica que no es una institución creada, sino un hecho natural que el derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección que se basa en la naturaleza y en el interés social.

Ahora bien, normalmente coinciden filiación biológica y jurídica, sin embargo, esto no siempre es así. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no son reconocidos voluntariamente por sus progenitores, nos encontraremos entonces frente a un caso de filiación biológica pero no jurídica. Por cuanto atañe a los hijos nacidos dentro de matrimonio, la Ley establece una serie de presunciones justificadas ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido dentro del matrimonio así como de atribuirle un estado jurídico además de proteger a la institución matrimonial. No obstante, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece en forma distinta. En primer término, con relación a la madre, se establece por el solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario que éste haga o por una sentencia que declare la paternidad después de un juicio de investigación.

Por otra parte, debemos mencionar que los avances científicos desde la parte final del siglo anterior y lo que va del actual, han sido vertiginosos y han impactado prácticamente todos los ámbitos y las facetas del ser humano. Uno de ellos es el acaecido en materia de Biología Celular, al

partir de la decodificación del ADN (Ácido Desoxirribonucleico), material genético de todos los organismos celulares, incluido obviamente, el ser humano, a través de dicha tecnología, por ejemplo, los científicos pueden modificar microorganismos que llegan a convertir en auténticas fábricas para producir grandes cantidades de sustancias útiles. Asimismo, y en virtud de que las cadenas de nucleótidos que constituyen el ADN de cada persona, tienen una conformación distinta, y por ende, única, a través de dicha tecnología se ha dado un salto vertiginoso en lo que se refiere a la identificación de personas, cuestión que ha impactado de manera trascendente en el mundo del Derecho.

Consecuentemente, uno de los avances científicos que ha traído como consecuencia la modificación del sistema de presunciones de paternidad, es sin duda alguna, la realización de pruebas genéticas, a partir de la decodificación del ADN. Existen varias técnicas de laboratorio para ello, la mayoría basadas en la extracción de unas gotas de sangre; otras más adelantadas, se basan en la utilización de células de descamación bucal, pero en todo caso, se requerirá para su realización, la extracción de una parte de tejido de la persona involucrada. Estas pruebas, permiten con un total grado de certeza, determinar si existe o no la relación de filiación entre dos personas.

No obstante lo anterior, si bien las nuevas posibilidades tecnológicas permiten obtener una verdad científica, crean cuestionamiento de tipo ético y jurídico. El análisis del ADN consiste en obtener el mapa genético de la persona y compararlo con el del supuesto hijo; los datos obtenidos permiten arribar a la afirmación o negación de la paternidad. De hecho, tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como algunas legislaciones locales, han establecido como idónea para demostrar la paternidad de un menor, la prueba pericial en materia genética.

La prueba genética es por su efectividad, admitida por la comunidad científica, pero su aplicación no se limita a la simple extracción y análisis de sangre, pues de ella resultan consecuencias que pudieran afectar los derechos humanos de los que deban someterse a ella. En materia de filiación, se descubren dos fuerzas o tensiones contrapuestas: por un lado, el derecho del menor y del padre o madre biológicos a obtener y difundir la verdad respecto a la filiación para que ésta coincida con la legal. Frente a ella se contrapone el sentido de los sentimientos, el honor y la paz familiar de los involucrados, en pocas palabras, su intimidad, en caso de que dicha persona se niegue a someterse a la práctica de dicha prueba, y por ende, cualquier coacción física encaminada a realizarla entrañaría una afectación a sus derechos de integridad física y la libertad personal.

En este sentido, tanto nuestros Tribunales Federales, como algunas legislaciones locales, y en forma específica, el Código Civil para el Distrito Federal, han determinado que en el juicio de reconocimiento de la paternidad, tiene preponderancia el derecho de investigación sobre la identidad de la paternidad frente a una invasión a la intimidad o privacidad individual; lo que se traduce en que sí al promover un juicio de paternidad, el demandante ofrece entre sus pruebas, la prueba pericial en genética molecular del ADN de sus presuntos progenitores, ello no implica que de manera forzada y contra la voluntad de los mismos, se autorice la práctica de la citada probanza, sino que en todo momento, éstos pueden negarse a que dicha probanza se lleve a cabo, en cuyo caso, la paternidad y la maternidad, según sea el caso, se presumirá.

La razón de que el conocimiento o averiguación dirigida a saber quién es el progenitor devenga en predominante, se deriva del supremo derecho del menor a obtener, entre otros, su identidad y filiación, alimentos, casa, educación, vestido, atención médica, entre otros derechos, así como la

obligación común de ambos padres de proporcionar los medios económicos y condiciones de vida necesarios para el pleno y armonioso desarrollo intelectual y físico de un menor.

Derivado de lo anterior, y al efectuar una revisión de los preceptos legales que regulan lo relativo a la filiación en el Código Civil para nuestra entidad federativa, el Estado de México, pudimos percatarnos de que el legislador mexiquense si bien reconoce como medios de prueba, todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología (lo que incluiría evidentemente la prueba pericial en ADN) es omiso en establecer, en el capítulo relativo a la filiación, que ocurriría en aquellos casos en que el presunto progenitor se niegue a proporcionar la muestra necesaria para desahogar una prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos (como lo es la prueba pericial en Genética molecular), tratándose de la investigación de la paternidad y la maternidad.

A pesar de lo anterior, existen algunos criterios jurisprudenciales recientes, sustentados por nuestros Tribunales Federales, referidos a la legislación del Estado de México, así como algunos preceptos del Código de Procedimientos Civiles para el estado, tales como el 1.287, 2.44, 5.38 y 5.39 (estos dos últimos de reciente introducción, en fecha 19 de febrero de 2009), de acuerdo a los cuáles, sería posible inferir, lógica y válidamente, desde un punto de vista jurídico, mediante la interpretación de diversas normas jurídicas, la presunción de paternidad o maternidad en caso de negativa a someterse a la prueba pericial en materia de genética molecular del ADN. No obstante, la presunción legal apuntada como tal, no existe expresamente señalada en el código sustantivo de la entidad.

Consecuentemente, estimamos de gran importancia que dicha cuestión sea regulada por el Código Civil de nuestro estado; y por ende, dicho tema constituirá la materia del presente trabajo de investigación, a efecto de analizar, en primer término, en base a la legislación, doctrina y jurisprudencia nacionales, si efectivamente en el juicio de reconocimiento de la paternidad, debe tener preponderancia el derecho de investigación sobre la identidad de la paternidad frente a una invasión a la intimidad o privacidad individual, o sí por el contrario, ésta última debe ser predominante, y una vez determinado lo anterior, proponer las reformas legales conducentes que deberán ser realizadas al ordenamiento legal precitado, de acuerdo con lo analizado en el presente trabajo, y a efecto de que el código en comento se actualice conforme a los criterios predominantes en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

La metodología que usaremos en el desarrollo de la presente investigación será la siguiente: Dividiremos el trabajo en cuatro capítulos, dedicando el primero al marco teórico de nuestro tema, abocándonos al estudio de los conceptos generales de la filiación, maternidad y paternidad, abordando sus antecedentes históricos, concepto, su noción natural y jurídica, así como sus distintas clases y derechos derivados de la misma. Por otra parte, en el mismo capítulo, nos referiremos a las distintas formas de prueba de la filiación, tratándose hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, haciendo especial énfasis en la investigación de la maternidad y de la paternidad.

El segundo capítulo se referirá al análisis del marco normativo existente en relación al tema, constituido por nuestra Carta Magna y otros ordenamientos de carácter internacional, nacional y local; poniendo especial énfasis en el estudio del Código Civil para nuestra entidad federativa, realizando también un análisis comparativo entre dicho ordenamiento y su correlativo en el Distrito Federal. Cabe mencionar que

también se realizará una breve revisión de los criterios jurisprudenciales más importantes que han emitido nuestros Tribunales Federales en torno al tema.

Dotar de bases técnicas acerca del proceso científico para la decodificación del ADN que permitan explicar el procedimiento y aplicación de la Prueba Pericial Genética molecular del ADN, será el objetivo del tercer capítulo, que se abocará precisamente a tales temas; así como al estudio de nociones generales acerca de la prueba, y en forma específica de la prueba pericial y su valoración jurídica.

El último capítulo lo dedicaremos al estudio de las consecuencias de la negativa al sometimiento de la prueba pericial del ADN, analizando primero las razones por las cuáles se considera a dicha probanza como el medio idóneo para la investigación de la maternidad y paternidad, destacando la importancia del derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, en contraposición de las razones aducidas por los supuestos progenitores que se niegan al sometimiento a la probanza de referencia. Continuaremos la investigación, analizando las razones que se esgrimen a favor de la presunción de la paternidad y maternidad en caso de negativa a someterse a la probanza de referencia, por parte de los presuntos progenitores, y apoyados en la posición de la jurisprudencia nacional al respecto, determinar si dichas razones son o no justificadas, y en su caso, las propuestas de reforma legal que deberían ser realizadas al Código Civil para el Estado de México, en base a lo analizado en la presente investigación.

CAPÍTULO I

CONCEPTOS GENERALES DE LA FILIACIÓN

En el primer capítulo del presente trabajo de investigación se abordarán algunos conceptos generales acerca de la filiación, maternidad y paternidad que permitirán obtener el marco teórico y conceptual mínimo para el desarrollo del tema central de esta investigación. Se revisarán los antecedentes históricos de la filiación, el problema de la denominación de esta figura jurídica, las clases y derechos derivados de la misma, abordando con mayor amplitud lo referente a la prueba (tanto matrimonial como extramatrimonial) de la filiación, finalizando dicho estudio con una breve referencia a la investigación de la maternidad y paternidad.

1.8 Antecedentes históricos

En principio es dable señalar que la filiación puede ser de dos categorías; la que deriva del matrimonio, y la extra matrimonial. Normalmente, a lo largo de la historia, no se puso en entredicho la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio; sin embargo, los hijos nacidos fuera del matrimonio, estuvieron colocados siempre, a través de los siglos y de las distintas civilizaciones, en una situación de injusta inferioridad, tal y como se expondrá a continuación.

En la civilización griega, bajo las leyes de Solón, los hijos extramatrimoniales fueron excluidos de la comunidad social y no se les permitía casarse con ciudadanos. Más tarde se suavizó este rigor, pero se continuó

colocándolos al margen de la vida familiar y privándolos de todo derecho, en especial el sucesorio.¹

Asimismo, en la Roma primitiva, también se consideró a los hijos extramatrimoniales con extrema severidad, pero a partir del momento en que se dictó el edicto *Unde cognati*, este rigor comenzó a atenuarse. El edicto establecía las obligaciones emergentes del parentesco natural, esencialmente de sangre, que se establecía por el simple hecho de la concepción con la madre y con los parientes de la madre. Cabe mencionar que ésta es la base del principio *mater semper certa est*, que aún cuando había existido en forma tácita en legislaciones anteriores, recién fue consagrado en la letra del Digesto. Por ende, en el Derecho Romano se habla de que "*son hijos legítimos los habidos de padre y madre unidos en matrimonio*".²

Con posterioridad, poco a poco, se fue fijando la diferencia entre los *liberi naturali* o sea los hijos habidos de una concubina; los *adulterini*, cuyo padre o madre estaban casados con otra persona en la época de su concepción; los *incestuosos* resultantes de uniones prohibidas por vínculos de sangre; y los *spuri*, colocados en esa condición por la vida deshonesto o promiscua de su madre. Estos últimos serían los *manceros* que fueron considerados así por muchos Códigos contemporáneos.

Los primeros fueron aceptados como parientes del padre o de la madre, quienes pedían legitimarlos; tenían además derecho a la herencia de sus progenitores, aunque en una porción muy inferior a la de los hijos legítimos.

¹ (cfr) ITZIOSOHN DE FISCHMAN, María, Filiación, en Disco Óptico: "Enciclopedia Jurídica Omeba", *Derecho Civil, Familia y Sucesiones*, Buenos Aires, Argentina, 2007, p.10.

² VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano, Porrúa, 11ª ed., México, 1992, p. 83.

En cuanto a los demás, suposición era de extrema inferioridad y estaban privados de todo derecho, hasta del elemental, de pedir alimentos.³

La clasificación antes mencionada del Derecho Romano reviste una gran importancia, dado que las categorías establecidas por ella, pasaron a la mayoría de las legislaciones de inspiración latina del siglo pasado, incluso a nuestro Código Civil, hasta fines del siglo pasado.

En el medievo, el catolicismo suavizó un tanto la dureza de las disposiciones romanas y germanas con respecto a los hijos extramatrimoniales. Los germanos, habían llegado a considerarlos como seres "contaminados" a los que se debía evitar; y por consiguiente, no podían ser testigos, ni desempeñar cargos de importancia, ni casarse con personas de otra condición.

El Derecho Canónico estableció que *natura non facit dijferentlam inter conjunctio legitimus co inter illegittimus*, y en consecuencia, reconoció el derecho a alimentos de todos los hijos, cualquiera que fuese su origen. Favoreció, además, la legitimación por subsiguiente matrimonio, como una forma de subsanar errores y consolidar la familia; y los únicos que quedaban excluidos de esta posible ventaja eran los nacidos *ex damnato coito*, a saber: los adulterinos, incestuosos, sacrílegos y semejantes.

En el caso particular de España, las Partidas de Alfonso el Sabio no obligan al padre de hijos incestuosos, adulterinos o sacrílegos, ni a los parientes de los mismos, a prestarles alimentos, pero tampoco se los prohibía, por consideraciones de piedad. En cambio, obliga a la madre adulterina o

³ (cfr) ITZIOSOHN DE FISCHMAN, Op Cit, pp. 10-11.

incestuosa, así como a los parientes de ésta, a dicha prestación, de acuerdo con el principio *mater semper certa est*.

Las Partidas establecen que estos hijos no pueden ser instituidos herederos por testamento, y si los padres, en contravención, les hiciesen legados o donaciones, las mismas podían ser invalidadas por los hijos legítimos, o por un representante de la Corona. No obstante lo anterior, sí podían heredar en los bienes de su madre.⁴

Ahora bien, el espíritu de la Revolución Francesa quería la igualdad entre los hombres, y por ende, no podía aceptar las diferencias que surgían por una simple condición de nacimiento. En consecuencia, por decreto del 12 de Brunario, se estableció la igualdad entre hijos legítimos y naturales, dejando, como siempre al margen, los adulterinos e incestuosos. Sin embargo, el Código Civil de 1804 (Código Napoleón), restableció la desigualdad, pero sin llegar a los extremos del rigor anterior.

A partir de esa época, comenzó a manifestarse una corriente de opinión que consideraba esta segregación injusta desde el punto de vista legal, y contra natura si se le enfocaba con un criterio biológico. La doctora Itziosohn de Fischman encuentra la justificación de lo anterior en los siguientes términos:

“El más elemental sentimiento de justicia se rebelaba contra una solución jurídica que hacía recaer sobre seres inocentes el peso de culpas ajenas”.⁵

No obstante, junto a esta corriente renovadora ha coexistido, frenándola con relativo éxito hasta fines del siglo pasado y regulándola, el temor de

⁴ (cfr) Idem.

⁵ Ibidem, p. 11.

herir a la familia legítima, estableciendo una absoluta equiparación de los derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Si bien en casi la totalidad de legislaciones en vigor en el siglo XIX y en buena parte del siglo XX, siguiendo la tradición romana, se establecían diferencias entre hijos legítimos y naturales, afectándose los derechos sucesorios de estos últimos, así como las relaciones con las familias de los padres; lo cierto es que en nuestro país, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917 se ha ido equiparando a ambos, a tal grado de que ya no existen diferencias entre ambos al respecto, suprimiéndose incluso las denominaciones de "natural" y "legítimo"; teniendo únicamente relevancia la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él, para la forma de probar la relación de paternidad.

Es importante mencionar, que en el Estado de México, han existido varios códigos civiles que han regulado la figura de filiación y las diferencias entre hijos legítimos y naturales; el primero, fue decretado por el gobernador del Estado de México, Mariano Riva Palacio, en fecha 21 de Junio de 1870, el cual estuvo vigente hasta el 9 de Agosto de 1937;⁶ el segundo, puesto en vigor por el decreto de 9 de agosto de 1937, el cual estuvo vigente hasta el 29 de Diciembre de 1956; el tercero, fue decretado el 29 de Diciembre de 1956, el cual estuvo vigente el 17 de Julio de 2003; y el cuarto, publicado el 17 de Julio de 2003, mismo que es vigente.

En el Código Civil para nuestro estado, publicado en la Gaceta del Gobierno del Estado de México el 7 de junio de 2003 y que entró en vigor quince días después de la fecha mencionada, se dedica el capítulo II del título IV del libro cuarto, al tema referente a la filiación, en el cual se

⁶ (cfr) CRUZ BARNEY, Óscar, La Codificación en México: 1821-1917, Una Aproximación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

incorporan diversos criterios de avanzada, mismos que serán analizados en el capítulo segundo de esta investigación, al analizar el marco jurídico de la filiación en nuestra entidad federativa.

1.2 Concepto

En principio, debe mencionarse que la filiación tiene una gran importancia dentro del Derecho Familiar; dada la gran responsabilidad que genera la reproducción humana como hecho natural y por ende, tiene gran trascendencia para el Derecho, inclusive para otras ramas como el Derecho Penal.

Partiendo de una concepción amplia, el Diccionario de la Lengua española define la palabra "Filiación" como "la procedencia de los hijos respecto de los padres".⁷

La Enciclopedia Jurídica Mexicana, ya desde un punto de vista jurídico, nos proporciona la siguiente definición: "*(Del latín *filialio -onis, filius, hijo*) La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo o hija se conoce jurídicamente como filiación*".⁸

Por su parte, el ilustre jurista francés Planiol define la filiación como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados".⁹

⁷ Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica, Madrid, España, 2007, voz "filiación".

⁸ Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo F-L, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004. p. 71.

⁹ Idem.

1.3 Filiación, maternidad y paternidad. El problema de la denominación

Como se ha apuntado en los párrafos anteriores, debemos entender por filiación, la relación que existe entre los hijos respecto al padre o la madre, vista esta relación desde el punto de vista de los descendientes, es decir de los hijos, pues esta misma relación desde el punto de vista del padre o de la madre, recibe el nombre de Paternidad o Maternidad, respectivamente.¹⁰

En esta tesitura, Paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quiénes son los ascendientes de una persona determinada. Luego entonces, paternidad y filiación no son sinónimos, se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados. Desde un ángulo se contempla como paternidad, que afecta a los padres y madres, y desde el otro como filiación, que hace referencia a los hijos.

Mateos Alarcón, en su obra 'Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal' señala que "en un sentido amplio, bajo la denominación general de paternidad, se comprende no solo el vínculo especial que une al padre y los hijos, sino también el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos".¹¹

Derivado de lo anterior, se puede apreciar que *filiación y paternidad* no son sinónimos, sino que son términos correlativos con la misma

¹⁰ (cfr) RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro, Elementos de Derecho Civil, Limusa Noriega Editores, 6ª edición, México 1995.

¹¹ *Cit.* por DE PINA, Rafael, Elementos de derecho civil mexicano: introducción, personas, familia, 23ª edición, Porrúa, Mexico, 2004, p. 349.

sustantividad, Puig Peña, en su obra 'Tratado de Derecho Civil Español' señala que "se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo a la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin padre. Son pues, dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres y, por ello, se llama paternidad, y en la otra están los hijos y, por ello, se llama filiación".¹²

1.4 Noción natural y noción jurídica

Por cuanto se refiere a la noción natural, debe partirse de un punto de vista meramente gramatical y lingüístico, teniendo que Paternidad significa 'calidad de padre', en tanto que maternidad significa 'calidad de madre'. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, e implica una relación de origen que permite conocer quiénes son los ascendientes de una persona determinada. Debemos enfatizar que Paternidad y Filiación no son sinónimos, pero se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados. Desde un ángulo se contempla como paternidad, que afecta a los padres y madres, y desde el otro como filiación, que hace referencia a los hijos.¹³

Por otra parte, para el Derecho, la figura de la filiación tiene dos sentidos: el primero, amplísimo, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grados, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendiente a los

¹² Cit. por MIZRAHI, Mauricio Luis, Identidad filiatoria y pruebas biológicas, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 7.

¹³ (cfr) CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales, 5ª edición, Editorial Porrúa, México 2004, p. 2.

padres, abuelos, bisabuelos, tatatarabuelos, etc., sino también en línea descendiente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.

Además de este sentido amplísimo, en una connotación estricta, por filiación se entiende la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.¹⁴

Consecuentemente, para los efectos de la presente investigación usaremos la filiación entendida en sentido jurídico estricto, según la cual se refiere a la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes y obligaciones y derechos familiares.¹⁵

Por otra parte, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 338 señala que “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”.

Finalmente, cabe destacar que, contrario a lo que sucede con su par del Distrito Federal, en el Código Civil para el Estado de México, no se

¹⁴ (cfr) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Introducción personas y familia. 36ª edición. Porrúa, México, 2005. p. 457.

¹⁵ (cfr) CHÁVEZ ASECIO, Op Cit, p. 2.

encuentra contenida definición alguna de la filiación, limitándose únicamente a regular lo que, tácitamente se considera materia de dicha figura jurídica.

1.5 Clases de filiación

La clasificación que se hacía tradicionalmente de la filiación, misma que se daba por la condición del nacimiento de los hijos o del estado civil de los padres, ha desaparecido en el Estado de México. Así, actualmente, no existen pautas de discriminación contra los hijos, y a todos se les reconoce el mismo estado y los mismos derechos, independientemente de las circunstancias anteriores o del origen de la filiación; por lo que es factible considerar que la filiación, de acuerdo con el Derecho Positivo que nos rige en este estado, puede ser natural y adoptiva.¹⁶

Cabe apuntar que tradicionalmente, la Doctrina se referido a la existencia de tres clases o tipos de filiación, a saber: legítima, natural y adoptiva; motivo por el cual, a continuación se realiza una breve exposición de todas y cada una de ellas, aún cuando su diferenciación sea sólo a nivel doctrinal, pues la norma jurídica no hace distingo entre las mismas.

Filiación Legítima

También llamada filiación matrimonial o conyugal. Es la que se da dentro de matrimonio, constituyendo "el vínculo jurídico que se crea entre el hijo los padres, cuando se encuentran unidos en matrimonio" .¹⁷

¹⁶ (cfr) LOZANO RAMÍREZ, Raúl, *Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar*, 1ª edición, Ed. Pac, México, 2005, p. 208.

¹⁷ Idem.

Al respecto el Código Civil para el Estado de México, en su artículo 4.147 señala:

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

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

Como puede apreciarse, para que sea una filiación conyugal, se requiere que los hijos nazcan durante el matrimonio, después de ciento ochenta días de celebrado éste; o que nazcan dentro de los trescientos días siguientes a la disolución matrimonio, y dicho plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte. Cabe recordar, que las presunciones antes mencionadas, son legados del Derecho Romano, que a su vez, las había tomado de Hipócrates, médico griego a quién se le reconocía como el "padre de la medicina".¹⁸

Como se ha mencionado, la filiación matrimonial o legítima es la derivada del matrimonio, ya que se goza de la presunción que los hijos de una mujer casada, son hijos de su marido de ésta, en base al principio *pater is est quem nuptiae demonstrat*, que significa que es 'el padre el que el matrimonio indica', es decir, el marido de la madre al momento del nacimiento. Y dicha presunción se funda en los dos supuestos siguientes:

a).- La fidelidad de la esposa, de no tener relaciones sexuales con otros hombres; y

¹⁸ MAGALLON IBARRA, Jorge, Instituciones de Derecho Civil. Tomo III Derecho de Familia. 2ª edición, ed. Porrúa, México, 2001, p 455.

b).- La aptitud del marido de engendrar.¹⁹

Por otro lado, el maestro Rojina Villegas menciona que en nuestro Derecho, se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio, ya que pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio. Veremos que este hijo puede considerarse, según los casos, como legitimado, o bien, puede el marido impugnarlo; es decir, desconocer la paternidad para que ni siquiera le pueda ser imputado, menos aún gozar de los derechos de la legitimidad, que se otorgan a los hijos dentro del matrimonio de los padres.²⁰

Filiación Natural

También llamada **filiación extramatrimonial o no conyugal**, es la que se da fuera de matrimonio, y "*es el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio*".²¹

Dentro de la filiación natural, encontramos dos hipótesis: primera, cuando los padres tienen un hijo, y estaban en posibilidades de haber contraído matrimonio, en razón de que no tenían ningún impedimento y no lo han hecho; segunda, cuando los padres tienen un hijo, pero no están en posibilidades de contraer matrimonio en virtud de tener impedimento para hacerlo, ya sea por parentesco o por no estar libre de matrimonio, y en este caso, los hijos serán incestuosos o adulterinos.²²

¹⁹ (cfr) BAQUEIRO ROJAS, Edgar, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, ed. Oxford, México, 1990, p. 182.

²⁰ (cfr) ROJINA VILLEGAS, Op Cit, p. 457.

²¹ LOZANO RAMÍREZ, Op Cit, p. 231.

²² (cfr) Ibidem, p. 231.

Se distinguen diferentes formas de filiación natural. La filiación natural **simple** es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre; es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, pero no se unieron. En cambio, la filiación natural se llama **adulterina**, cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto al marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa.

El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural adulterino. Por último, la filiación natural puede ser natural **incestuosa** cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste; es decir, entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; entre hermanos, o sea, parientes en línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina o sobrino y tía, aún y cuando este es un parentesco susceptible de dispensa. De no haber dispensa y no habiéndose celebrado el matrimonio, como el hijo fue procreado por esos parientes fuera del mismo, se le considera incestuoso.²³

Cabe destacar, que en nuestro país, a partir de la Ley de Relaciones Familiares, y posteriormente en los Códigos Civiles de los estados, existe una total equiparación de los hijos legítimos con los naturales y por ende tienen los mismos derechos. En este sentido, el Código Civil para el Estado de México, en su artículo 4.162 señala: “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del

²³ (cfr) ROJINA VILLEGAS, Op Cit, p. 458.

nacimiento. Respecto del padre se establece por el reconocimiento o por sentencia que declare la paternidad”.

Filiación Adoptiva

Para el maestro Alejandro Ramírez Valenzuela, “es la que resulta de la adopción, y existe desde el punto de vista del adoptado con respecto del adoptante. Tal es el caso de los hijos adoptivos que da lugar al parentesco civil”.²⁴

Por otra parte, para Raúl Lozano Ramírez, la adopción es “un acto jurídico creado por la voluntad de una persona mayor de veinticinco años, para establecer con un menor o incapacitado un vínculo de filiación, previa aceptación de su representante y de la autoridad judicial, dentro del término de ley”.²⁵

Cabe destacar que el Código sustantivo para el Estado de México, en el artículo 4.178, relativo a las disposiciones generales de la adopción, se señala lo siguiente:

Artículo 4.178.- El mayor de veintiún años puede adoptar a uno o más menores o incapacitados, cuando acredite:

- I. Que tiene más de diez años que el adoptado;
- II. Tener medios para proveer los alimentos del adoptado, como hijo;
- III. Que la adopción sea benéfica para la persona que se pretende adoptar;
- IV. Que el adoptante sea persona idónea para adoptar, de conformidad con el certificado de idoneidad expedido por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de

²⁴ RAMÍREZ VALENZUELA, Op Cit, p 100.

²⁵ LOZANO RAMÍREZ, Op Cit. p. 249.

México, con base en los estudios médico, psicológico, socioeconómico y de trabajo social.

Confrontando la definición que realiza el tratadista Lozano Ramírez sobre la adopción, misma que tiene su base en el artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal, con el contenido del precepto legal del Código sustantivo del Estado de México antes invocado, encontramos que difieren únicamente en cuanto a la edad requerida para adoptar.

Cabe destacar que para algunos doctrinarios, la adopción no forma parte de la filiación, sino únicamente da origen a parentesco civil. Tal es el caso de los tratadistas Edgardo Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, quienes en su obra 'Derecho de Familia y Sucesiones', refieren que "en nuestro derecho la adopción constituye una tercera fuente de parentesco civil entre el adoptante y el adoptado, donde no exista vínculo biológico. Se limita la filiación de sangre; de allí que se hable de hijos y padres adoptivos".²⁶

Otros clases de Filiaciones

El maestro Rojina Villegas menciona que además de la filiación legítima y natural, existe la filiación legitimada y la filiación legitimada por ministerio de ley, definiéndolas en los términos que a continuación se enuncian.

Filiación Legitimada.- Es aquélla que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración. Por consiguiente, cabrían dos casos de hijos legitimados: **a)** Para los hijos que nazcan dentro de los ciento ochenta

²⁶ BAQUEIRO ROJAS y BUENROSTRO BAEZ, Op Cit, p. 213.

días de celebrado el matrimonio de sus padres, y **b)** Para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio.

Filiación Legitimada por ministerio de ley.- Comprendería el caso especialísimo del hijo que nació dentro de esos ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido la acción contradictoria de paternidad.²⁷

1.6 Derechos derivados de la filiación

Los derechos o efectos de la filiación son los mismos para los hijos nacidos dentro de matrimonio, como para los nacidos fuera de matrimonio ya sea por reconocimiento, o por sentencia en la investigación de paternidad o maternidad. Cabe mencionar que nuestro sistema jurídico se distingue, porque existe una total equiparación entre los hijos nacidos dentro del matrimonio, con los nacidos fuera de matrimonio y que fueron reconocidos o por una sentencia en la investigación de la paternidad.

Derivado de lo anterior, tenemos que los principales derechos derivados de la filiación, son los siguientes:

a).- Apellido

Este derecho consiste en la inclusión de los apellidos paterno y materno en el nombre del hijo en la respectiva acta de nacimiento, dado que existe la obligación de los padres, de conceder a sus hijos su apellido para integrar

²⁷ (cfr) ROJINA VILLEGAS, Op cit, p 458.

el patronímico de sus descendientes. Es un deber fundamental y necesario para acreditar el estado civil.

En el acta de nacimiento deberán constar el nombre y apellidos que le correspondan al hijo. Se asentarán los nombres de los padres y de los abuelos; si se trata de filiación por reconocimiento se anotará el apellido del que lo reconozca o de ambos, si ambos lo hacen. La misma regla se aplica para el caso de adopción.

Cabe destacar, que este derecho derivado de la filiación está reconocido en la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 7, que en lo conducente señala: "*1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*"

Asimismo, el Código Civil para el Estado de México hace patente la prerrogativa de este derecho derivado de la filiación, al establecer en su artículo 2.14, la siguiente disposición:

"Artículo 2.14.- El nombre de las personas físicas se forma con el sustantivo propio y los apellidos paternos del padre y la madre..."

b).- Alimentos

Otro derecho derivado de la filiación, y sin duda de gran importancia, es precisamente, la obligación de los padres de alimentar a los hijos, habidos dentro y fuera de matrimonio, tal y como lo dispone el artículo 4.130 del Código Civil para el Estado de México, que a la letra dice:

Artículo 4.130. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de ellos, la obligación recae en los ascendientes más próximos.

De manera correlativa, los hijos también tienen la obligación de dar alimentos a los padres, tal y como lo dispone el artículo 4.131 del Código sustantivo de la materia.

c).- *Patria potestad*

Al existir la relación jurídica paterno-filial entre padre e hijo, surgen automáticamente, todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores no incapacitados. Al respecto, el Código Civil para el Estado de México, en su artículo 4.203 señala:

“La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección”.

La patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica paterno-filial. Se ejerce por ambos progenitores, tal y como lo dispone el numeral 4.204 del Código Civil estatal, sobre los hijos menores no emancipados, con independencia de que se trate de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. En tratándose de los primeros, en caso de divorcio o separación, uno de los padres ejercerá la patria potestad y el otro puede perderla o conservarla. Asimismo, en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, y no exista acuerdo sobre la custodia de los hijos menores, el juez de lo familiar resolverá, teniendo en cuenta los intereses del hijo, en términos del artículo 4.228 del ordenamiento legal precitado.

d).- Derechos sucesorios

Otro derecho derivado de la relación jurídica paterno-filial, es que los hijos tienen derecho a recibir la porción hereditaria que fija la ley. Lo anterior de conformidad con la fracción I del artículo 6.144 del Código Civil estatal, que dispone que tienen derecho a heredar por sucesión legítima, además del cónyuge, ascendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado, los descendientes. Por otro lado, el dispositivo legal contenido en el artículo 6.148 del mismo ordenamiento señala que si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales; y en caso de que concurren éstos con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo.

Por otra parte, en relación a la Sucesión Testamentaria, el testador tiene la obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años y respecto de los cuales tenga obligación de proporcionárselos al momento de la muerte; en caso de no ser suficientes y haber otros acreedores, se suministrará a *prorrata* entre los que tengan derecho a ellos, de conformidad con el artículo 6.60 del mismo ordenamiento.

e).- Relaciones personales y jurídicas

Existe un evidente derecho natural a la relación humana recíproca entre quienes ejercen la patria potestad y sus hijos. Esta relación interpersonal se da en todos los grados del parentesco pero va disminuyendo en la medida que el parentesco se aleja. Se limita a adoptante y adoptado en la adopción simple. La relación interpersonal tiene un contenido jurídico y nuestra legislación establece que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. La relación interpersonal y jurídica es

consecuencia de la convivencia dentro de la casa familiar, en la que deben permanecer los hijos mientras estuviesen sujetos a la patria potestad, lo que es necesario para poder responder y poder ejercer los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, para lo cual deberá haber el respeto usual entre las personas que integran la relación, independientemente de las diferencias de edades, debiendo los padres observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo.²⁸

f).- Tutela legítima

Se da la tutela legítima, cuando por cualquier causa, no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, y corresponde ejercer la tutela legítima a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas; por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado. Los hijos serán tutores legítimos de los padres a falta de cónyuge (Art. 4.256 del Código Civil para el Estado de México).

g).- Prohibiciones

Las prohibiciones que existen en la relación paterno-filial, son muy diversas, y podemos mencionar las siguientes: la primera consiste en el impedimento para contraer matrimonio entre los parientes en línea recta sin limitación de grado, y en línea colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos). Se prohíbe al Oficial del Registro Civil autorizar el registro de los hechos y actos del estado civil relativos a su persona, a su cónyuge o de sus respectivos ascendientes y descendientes (Art. 20 fracción I, del Reglamento del Registro Civil del Estado de México.). Existe incapacidad del médico para heredar, por presunción de influencia cuando atendió al

²⁸ (cfr) CHÁVEZ ASECNCIO, Op Cit, p. 98.

autor del testamento en su última enfermedad, y a los parientes del propio médico (Art. 6.28 del Código Civil para el Estado de México). También son incapaces por presunción del influjo contrario de la verdad e integridad del testamento, el notario y los testigos que intervienen en él, y sus cónyuges descendientes, ascendientes o hermanos. Está prohibido ser testigo del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios (Art. 6.29 del Código Civil para el Estado de México). Está prohibido a los hijos sujetos a la patria potestad, vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo (Art. 7.559 del Código Civil para el Estado de México).

En el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, también existen prohibiciones relacionadas con el parentesco. Están impedidos los magistrados, jueces o secretarios para conocer de los casos en que intervengan sus parientes. El perito que nombre el juez puede ser recusado cuando exista parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado. Los parientes por consanguinidad o afinidad podrán ser tachados como testigos.

En materia penal, los parientes no están obligados a declarar en juicio (Art. 197 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México). Por otra parte, el artículo 221 del Código Penal del estado, pune el incesto, es decir, la cópula entre ascendientes y descendientes. Asimismo, en los delitos de injurias, violación, actos libidinosos, lesiones y homicidio, la relación jurídica paterno-filial constituye una agravante. En otros casos, como en los delitos de lesiones y homicidio culposo con motivo del tránsito de vehículos y el encubrimiento, dicha relación constituye una excepción para la punibilidad de dichos tipos penales. Finalmente, en algunos otros, como en

el robo y el abigeato, la existencia de dicha relación, tiene como efecto que se requiera el requisito de procedibilidad de querrela.

h).- Desconocimiento de los efectos

Los efectos señalados constituyen deberes y obligaciones de tal forma que si hubiere algún desconocimiento o incumplimiento, el afectado puede exigir el cumplimiento como un derecho correlativo. Verbigracia, si hubiere el caso de desconocimiento del derecho al apellido, el hijo de matrimonio o reconocido, podrá reivindicar el apellido que le es negado. También podrá exigir el hijo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, mediante la acción conducente ante los tribunales familiares. Por su parte, el padre puede exigir también jurídicamente el cumplimiento de las obligaciones y deberes de los hijos, así como acudir en busca de ayuda de las autoridades administrativas para la corrección y educación del que estuviere bajo su patria potestad, y en caso dado, exigir también judicialmente la obligación alimenticia con cargo a sus descendientes.²⁹

1.7 Prueba de la filiación

Como se ha mencionado, la filiación de los hijos puede ser **matrimonial** — los hijos que nacen dentro del matrimonio—, y **extramatrimonial** —que nacen fuera de matrimonio—. De ahí que la forma de probar la filiación va a depender si los hijos nacieron dentro o fuera del matrimonio; y por ende, el Código Civil para el Estado de México, se refiere, por separado, a ambas circunstancias.

²⁹ (cfr) *Ibíd*em, Op Cit, p. 99.

Como preámbulo a ambos temas, cabe apuntar que el doctor Chávez Asencio considera que la filiación en relación a la madre es de fácil prueba directa, pues se trata de un hecho biológico comprobable: el parto se puede comprobar y también la identificación del presunto hijo. En cambio, en relación al padre sólo mediante la presunción que la ley estable como *iuris tantum* es como se podría acreditar la filiación de los hijos de matrimonio.³⁰

1.7.1 Filiación matrimonial

La prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, se prueba con el acta de su nacimiento y con la de matrimonio de sus padres, tal y como lo refiere el artículo 4.155 del Código Civil para el Estado de México (desde luego que unida a la identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere).

A falta o defecto de las actas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o con los medios de prueba que la ley prevé. Cabe destacar que la posesión de estado de hijo se prueba cuando una persona ha sido tratada constantemente por otra y la familia de ésta, como hijo, llevando su apellido o recibiendo alimentos. Cumpliéndose tales requisitos, quedará probada la posesión de estado de hijo, puesto que así lo refieren los artículos 4.156 y 4.157 del ordenamiento legal precitado, mismos que a continuación se transcriben:

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

³⁰ CHAVEZ ASENCIO, Op cit, p. 87.

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

El nacimiento

El nacimiento y la concepción en relación con el matrimonio, da la pauta para establecer la filiación matrimonial, por eso la filiación de los hijos de matrimonio se funda en la existencia del matrimonio de los padres, y se hace referencia, a que puede ocurrir, tanto la concepción y el nacimiento durante la vida de matrimonio de los padres.

Así, el artículo 4.147 del Código Civil para el Estado de México, menciona, los dos supuestos en que los hijos son de matrimonio, y son: **a).**- Los nacidos después de los ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio; y **b).**- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Dicho plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte.

Las presunciones legales

La presunción legal, es aquella que se encuentra formulada expresamente por la ley. El Código Civil para el Estado de México, establece las presunciones legales en relación a la filiación matrimonial, en su artículo 4.147 mismo que a la letra dice:

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

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

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. El plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte”.

Como se puede apreciar del artículo antes transcrito, se tiene en cuenta el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y establece que son hijos de matrimonio los nacidos después de 180 días de celebrado éste, y los nacidos antes de 300 días de que se haya disuelto. Esto obedece a que de acuerdo con los conocimientos científicos y la experiencia, el plazo mínimo del embarazo para que el producto sea viable es de 180 días; y el máximo de 300 días.

Resumiendo, se presumen hijos de matrimonio los nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo. Esta presunción se conoce por su nombre latino de *pater is est quem nuptiea demonstrat*, que se resume en los siguientes términos: ***es el padre el que el matrimonio indica, o sea el marido de la madre en el momento del nacimiento***. Tal presunción se fundamenta en dos supuestos:

1. La fidelidad de la esposa, consistente en no tener relaciones sexuales con otros hombres; solo con su marido.
2. La aptitud del esposo para engendrar.³¹

Reclamación de estado de hijo

Debemos mencionar que los artículos 4.155 y 4.156 del Código Civil para el Estado de México establecen que respecto de la filiación de los hijos

³¹ (cfr) BAQUEIRO ROJAS y BUENROSTRO BAEZ, Op cit, p.182.

nacidos de matrimonio, se prueba con el acta de su nacimiento y con la de matrimonio de sus padres, y a falta o defecto de dichas actas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio o con los medios de prueba que la ley prevé.

La importancia del acta de nacimiento con la que se prueba la filiación, radica en que el Código Civil para nuestra entidad federativa determina la obligación para el padre o la madre, o de quien ejerza la patria potestad, de declarar el nacimiento, dentro del primer año de ocurrido.

Así las cosas, la prueba de la posesión de estado de hijo es regulada por el artículo 4.157 del ordenamiento legal precitado: cuando una persona ha sido tratada constantemente por otra y la familia de ésta, como hijo, llevando su apellido o recibiendo alimentos, y con estas actitudes, quedará probada la posesión de estado de hijo.

Por su parte el Código Civil para el Distrito Federal, establece lo relativo a la prueba de posesión de estado de hijo, en su artículo 343, mismo que señala:

Artículo 343.- Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo 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 circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Derivado del artículo anterior, vemos que a diferencia del Código Civil para el Estado de México, en el ordenamiento distrital se requieren otros elementos más, como los enunciados en el precepto legal antes citado (apellido o nombre, trato, fama y edad), para tener por probada la posesión de estado de hijo.

Respecto al **apellido o nombre** se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga y use permanentemente el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores con la anuencia de ellos. En tanto, respecto al **trato** se refiere a que los presuntos progenitores hayan tratado al supuesto hijo como tal, es decir, que lo hayan alimentado, que hayan vivido juntos en familia, que le haya provisto de educación, que lo hayan presentado en forma pública como hijo suyo, como todo padre o madre lo hace normalmente con sus hijos.

Por lo que atañe a la **fama** se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen de la relación filial. Finalmente, por lo que hace a la **edad**, se refiere que los presuntos padres (padre, madre o ambos) tienen la edad exigida por la ley para contraer matrimonio, es decir, que sean mayores de edad.

Una vez precisado lo anterior, nuestro Código Civil, en su artículo 4.158, regula la acción concerniente a reclamar el estado de hijo, la cual es imprescriptible para él y sus descendientes, lo que quiere decir, que si el hijo no reclama el estado en cuestión, podrán hacerlo los nietos o bisnietos, sin límite de grado o de tiempo.

Sin embargo, para los demás herederos, es decir, que no sean descendientes, podrán intentar la acción de reclamación de estado de

hijo, solamente en los siguientes casos: primero, si éste ha muerto antes de cumplir los dieciocho años, o si cayó en demencia antes de cumplir los dieciocho años y murió en el mismo tiempo, prescribiendo dicha acción en cuatro años, desde el fallecimiento del hijo, tal y como lo contemplan los diversos artículos 4.159 y 4.160 del ordenamiento sustantivo para el Estado de México. Finalmente, cabe destacar el hecho de que la posesión de estado de hijo, no puede perderse sino por sentencia.

Impugnación de la paternidad y maternidad

La filiación matrimonial puede quedar destruida mediante la acción contradictoria de paternidad o maternidad. Estas acciones se encuentran encaminadas a demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias exigidas por la ley para que pueda considerarse como hijo de matrimonio.

El maestro Chávez Asencio, refiere que “la ley sólo habla de impugnación de paternidad o de la maternidad, pero dentro de este concepto, las vías son diversas. La contradicción hace referencia a la presunción de paternidad establecida en la ley. El desconocimiento hace referencia a situaciones diversas y ajenas a la presunción”.³²

En esta tesitura, el Código Civil para el Estado de México habla de desconocimiento y contradicción, únicamente de la paternidad (no de la maternidad), y dichos conceptos, los toma únicamente como sinónimos.

Como vimos anteriormente, el artículo 4.147 del Código Civil del Estado de México señala las presunciones de los hijos habidos en matrimonio, ya que

³² (cfr) CHÁVEZ ASENCIO, Op Cit, p. 102.

dispone que son hijos de los cónyuges: los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, y que el plazo se contará desde que quedaron separados los cónyuges por orden judicial o por muerte.

Ahora bien, contra la presunción a que se refiere el artículo 4.147, el numeral 4.148 del mismo ordenamiento, establece la única excepción a la misma, a saber:

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

Del contenido del precepto legal mencionado, se desprende que el esposo en la acción de impugnación de la paternidad, debe acreditar que fue físicamente imposible haber tenido relaciones sexuales [y por ende, fecundar] con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Sin embargo, el esposo no podrá ejercitar la acción de desconocimiento de hijo de matrimonio, si ha otorgado su consentimiento tácito o expreso que es el padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, tal y como lo refiere el artículo 4.149, que en lo conducente dice:

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

También en nuestro código se contempla que la legitimación del padre para desconocer al hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, que podría ser cualquiera que tenga interés jurídico, es decir, no solo el ex marido podrá impugnar la paternidad; esto se infiere del artículo 4.150, que literalmente menciona:

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

No obstante lo anterior, y para el caso de desconocimiento o contradicción de paternidad de los hijos de matrimonio, se contempla un plazo de seis meses, para el esposo, el cual comenzará a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho, así lo dispone el artículo 4.151 del Código Sustantivo para nuestra entidad federativa.

Artículo 4.151. La acción del esposo para contradecir la paternidad, deberá deducirla dentro de seis meses, contados a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho.

Conviene mencionar que este plazo o término, difiere del código homólogo del Distrito Federal, el cual en su artículo 330 señala que cuando el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de los sesenta días siguientes al nacimiento.

También se contempla en nuestro Código en el artículo 4.152, el plazo para que el esposo declarado en interdicción desconozca la paternidad, y en el supuesto caso de que su tutor no ejercite la acción de desconocimiento de paternidad, y el esposo podrá hacerlo, una vez salido de la tutela, en el mismo plazo que refiere el artículo 4.151. Asimismo también se legitima a los

herederos del esposo para desconocer la paternidad, cuando éste haya muerto sin que haya cesado la causa de la declaración de estado de interdicción, la cual la podrán intentar en el plazo de seis meses, desde que el presunto hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o de que los herederos se vean perturbados en la posesión de la herencia. La única excepción es de que no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando el esposo no lo haya hecho.

1.7.2 Filiación extramatrimonial

Corresponde estudiar el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se encuentran unidos en matrimonio, es decir, de la filiación de los hijos fuera de matrimonio y resulta, con relación a la madre, del solo hecho del **nacimiento**; y respecto del padre, se establece por el **reconocimiento** o por una **sentencia** que declare la paternidad, de conformidad con el artículo 4.162 del Código Civil para el Estado de México, tal y como se analiza a continuación.

El reconocimiento

Una forma en que puede darse el vínculo de filiación extramatrimonial o de los hijos nacidos fuera del matrimonio, es mediante el reconocimiento, el cual se realiza voluntariamente, ya que el propio Código Civil de la entidad, en su artículo 4.163, menciona quien está legitimado para realizar el reconocimiento de un hijo, agregando que tienen derecho de reconocer a sus hijos, el que tenga la edad exigida para contraer matrimonio (hombre 16 años, mujer 14), más la edad del hijo que va a ser

reconocido; puede reconocerlo también quien pruebe que pudo concebirlo antes de esa edad, que para el caso, sería una constancia médica que acredite esa cuestión (fracción I del Artículo 96 del Reglamento del Registro Civil del Estado de México).

Ahora bien, resulta trascendente proporcionar la definición jurídica del término 'Reconocimiento'. Al respecto, el Reglamento del Registro Civil del Estado de México, en el artículo 94 (que a continuación se enuncia), lo define en términos bastantes aceptables:

Artículo 94. El reconocimiento es el acto jurídico en virtud del cual el que reconoce asumen a favor del reconocido todos los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.

Por su parte, el maestro Rafael Rojina Villegas, nos da la siguiente definición: "El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación".³³

Derivado de lo anterior, y siempre de conformidad con el autor precitado, los elementos del reconocimiento son los siguientes:

- a).- Es un acto jurídico.
- b).- Unilateral o plurilateral.
- c).- Solemne.

³³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit, p. 435.

d).- Por virtud del mismo, el que reconoce asume todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre en relación al hijo.³⁴

A continuación, y a efecto de conocer a mayor detalle y profundidad la naturaleza jurídica del reconocimiento, procederemos a dar una breve explicación de todos y cada uno de los elementos que conforman dicha figura jurídica.

a).- Por lo que respecta a que el reconocimiento, es un acto jurídico, algunos autores, no consideran propiamente que sea un acto jurídico, ya que el reconocimiento no crea derechos y obligaciones, sino el que los crea es el vínculo consanguíneo. Sin embargo, compartimos lo dicho por el maestro Chávez Asencio, en el sentido de que *" el reconocimiento es un verdadero acto jurídico familiar, pues nace por la voluntad de quien reconoce, independientemente de que también por el hecho natural de la procreación exista la relación de consanguinidad. La voluntad califica este acto como jurídico. Lo anterior es independiente de que en la ley estén predeterminadas las formas o maneras de realizarse"*.³⁵

b).- El reconocimiento es un acto unilateral o plurilateral: es un acto jurídico unilateral, cuando lo hace solo la madre o el padre por separado; y es plurilateral cuando lo hacen el padre y la madre en un solo acto.

c).- El reconocimiento es un acto solemne; efectivamente el reconocimiento de un hijo, deberá de hacerse en alguna de las formas que señala el artículo 4.168 del Código Civil del Estado de México, que en lo conducente señala:

³⁴ Idem.

³⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Op Cit, p. 152.

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

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

Cabe destacar que el reconocimiento realizado en forma diferente a las mencionadas anteriormente, no producirá el efecto pretendido; sin embargo, podrá ser utilizado como un indicio en el juicio de investigación de la paternidad o maternidad.

d).- Por virtud del mismo, el que reconoce asume todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre en relación al hijo. Efectivamente, cuando se realiza el reconocimiento, tanto el padre como la madre, asumen todos derechos y obligaciones que se crea por el vínculo consanguíneo; el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 389 es preciso al respecto al señalar:

Artículo 389. 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 deriven de la filiación.

Respecto de la custodia, y cuando ambos padres hagan el reconocimiento en un mismo acto, convendrán cual de los dos lo tendrá bajo su custodia, y si lo no hicieren, el juez resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor; y si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por los padres que no vivan juntos, quedará bajo la

custodia del que lo reconoció primero, salvo convenio en contrario, tal y como lo disponen los artículos 4.173 y 4.174 del Código Civil del Estado de México.

Además de los elementos mencionados anteriormente, tanto la Doctrina como la Legislación se han referido también a diversas características del reconocimiento, a las cuáles vale la pena referirnos, aunque sólo sea brevemente:

El Reconocimiento es un acto jurídico irrevocable. El reconocimiento de un hijo, que se haga por los medios legales a que se ha hecho referencia, es irrevocable, aún y cuando se haya hecho por testamento, ya que como es de explorado derecho, el mismo es revocable; sin embargo la declaración realizada en el mismo, respecto del reconocimiento de hijo, es irrevocable, toda vez que una vez realizado éste, ya no puede retractarse quien hizo la manifestación de voluntad.

En este sentido, el propio Código Civil del Estado de México, es imperativo a este respecto, puesto que en el artículo 4.166, menciona:

Artículo 4.166. El reconocimiento no es revocable, aún y cuando se haga por testamento y éste se revoque.

El Reconocimiento no es un acto personalísimo. En nuestro sistema jurídico, el reconocimiento lo puede hacer un apoderado con mandato especial, ya que así lo dispone el artículo 3.6 del Código Civil del Estado, que en lo conducente dice:

Artículo 3.6. Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente a la celebración del acto ante el Registro Civil, y las

leyes lo permitan, podrán hacerse representar por un mandatario especial.

De igual manera, el Reglamento del Registro Civil del Estado de México, contempla esta posibilidad en los siguientes artículos:

Artículo 37. Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente al asentamiento o celebración de las actas de nacimiento, reconocimiento de hijos o matrimonio, podrán hacerse representar por un mandatario especial.

Artículo 83. Para el caso de darse los supuestos que se enumeran a continuación, deberán presentarse además de los requisitos señalados en el artículo que antecede los siguientes:

I. Cuando el padre no pueda comparecer personalmente al registro, podrá hacerlo mediante mandato especial que debe constar en escritura pública, que será agregada al apéndice con la identificación oficial del mandatario;

II. ...

Artículo 96.- Para el caso de darse los supuestos que se enumeran a continuación, deberán presentarse además de los requisitos señalados en el artículo que antecede los siguientes:

I. ...

II. ...

III. Cuando el reconocedor y/o quien otorga el consentimiento no pueda comparecer personalmente al reconocimiento, podrá hacerlo mediante mandato especial que debe constar en escritura pública, que será agregado al apéndice con la identificación oficial vigente del mandatario;

IV. ...

La sentencia ejecutoriada que declare el reconocimiento

Otra forma en que puede darse la filiación extramatrimonial por reconocimiento, ocurre en aquellos casos cuando éste no se hace de forma voluntaria, y se tiene que recurrir al órgano jurisdiccional a ejercitar,

ya sea la **acción de reclamación de paternidad**, o la **investigación de la paternidad**, y una vez substanciado dicho procedimiento, culminará en una sentencia, que declare procedente o improcedente tal acción, y de ser procedente se procederá en términos de lo que dispone el Reglamento del Registro Civil del Estado de México, en su artículo 100, que en lo conducente, reza:

Artículo 100.- Cuando el reconocimiento se haya realizado por medio de resolución judicial, el Oficial realizará por vía de anotación la parte relativa de dicho documento o levantará el acta correspondiente.

De dicho precepto legal se desprende, que cuando no se hace de manera voluntaria, sea por el reconocedor o por el reconocido, el reconocimiento se podrá realizar con la correspondiente resolución judicial (sentencia), y el Oficial del Registro Civil, realizará la anotación de la parte relativa de dicho documento o levantara el acta correspondiente, es decir, la de nacimiento o la de reconocimiento.

Cabe añadir, sin embargo, que dada la amplitud y extensión de las acciones judiciales en materia de reconocimiento, y por su íntima relación con el tema central de esta investigación, el tema será analizado y desarrollo a mayor detalle en los apartados y capítulos subsecuentes.

1.8 Investigación de la maternidad y de la paternidad

El Código Civil del Estado de México, en su artículo 4.162, establece que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, respecto de la madre se da por el solo hecho del nacimiento; y respecto del padre, se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la

paternidad. Por ende, no habiendo reconocimiento de los progenitores, los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen derecho a establecer la relación paterno filial, por **sentencia** que se obtiene al ejercer la **acción de investigación de la paternidad**.

El maestro Chávez Asencio define la acción de investigación de la paternidad, como *"el derecho que tienen los hijos nacidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar pruebas de su filiación, a fin de que sea esta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial."*³⁶

Investigación de la paternidad:

Consideramos que la investigación de la paternidad, en nuestro Estado, está un poco limitada, en comparación al Distrito Federal, ya que en el Código Civil de éste último, el artículo 382 expresa que "la paternidad y la maternidad pueden probarse, por cualquiera de los medios ordinarios", como puede apreciarse, no se limita a ciertas o determinadas situaciones. Sin embargo, el Código Civil para el Estado de México, en su numeral 4.175, establece, de manera limitativa, los casos en que se autoriza investigar la paternidad. Dada su trascendencia, se transcribe a continuación el precepto legal aludido:

Artículo 4.175.- La investigación de la paternidad de los hijos, está permitida:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación;
- II. Cuando se encuentre en posesión de estado de hijo;

³⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Op Cit, p. 152.

- III. Cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre;
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

Ahora bien, conviene mencionar que respecto a la primera fracción del artículo antes transcrito, es procedente realizar la investigación de la paternidad, siempre y cuando la fecha de la comisión del delito, coincida con la fecha de la concepción; por lo que resulta conveniente transcribir los preceptos legales del Código Penal del Estado de México, que definen los delitos de raptó, estupro o violación:

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

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

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

Artículo 273.- Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sin la voluntad de ésta, se le impondrán de cinco a quince años de prisión, y de doscientos a dos mil días multa. Comete también el delito de violación y se sancionará como tal, el que introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se equipara a la violación la cópula o introducción por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al

miembro viril, con persona privada de razón, de sentido o cuando por cualquier enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir o cuando la víctima fuera menor de quince años. En estos casos, se aplicará la pena establecida en el párrafo primero de este artículo.

Cuando el ofendido sea menor de quince años y mayor de trece años, haya dado su consentimiento para la cópula y no concurra modificativa, siempre que contraiga matrimonio con el inculpado, se extinguirá la acción penal o la pena en su caso.

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, exista eyaculación o no [violación].

Por lo que hace a la segunda fracción del artículo 4.175 del código sustantivo, "cuando se encuentre en posesión de estado de hijo", en este supuesto, si un individuo es tratado constantemente como hijo de otro, ya sea porque el hijo tenga el nombre, el trato y la fama que le dé una persona, y lo provee de educación y subsistencia y establecimiento, y gozará de la presunción y por ende, en este caso es factible investigar la paternidad también.

Respecto al tercer supuesto en que puede investigarse la paternidad, "Cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre", en efecto, podrá investigarse la paternidad, cuando exista concubinato. En este caso se aplicarán las mismas presunciones, en cuanto a la temporalidad, a que se refiere el artículo 4.147 del Código Civil del Estado de México, y que para el caso concreto del concubinato, será que los nacidos después de ciento ochenta días contados desde los concubinos comienzan a hacer vida en común; y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la separación de los concubinos. Sin embargo, es posible que esta fracción, no se refiera únicamente al concubinato, el cual puede definirse como " /a

*unión sexual de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como cónyuges (sin serlo), libres de matrimonio y sin impedimento para poderlo contraer, que tienen una temporalidad mínima de dos años o tienen un hijo en común”;*³⁷ sino que literalmente dice “Cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre”, entendiéndose por vida marital, cuando un hombre y una mujer viven juntos sin estar casados, entendiéndose esto como el género, y el concubinato y el amasiato, como la especie. En torno a dicho tema, el maestro Chávez Asencio refiere lo siguiente:

“Se requieren los siguientes supuestos: **1)** que haya habido cohabitación de un hombre y una mujer; **2)** Certeza de la maternidad de hecho o por reconocimiento; **3)** Que la cohabitación se hubiera tenido bajo el mismo techo; y **4)** Que la concepción del hijo hubiera tenido lugar durante esa convivencia. Y que probados los extremos señalados, surge la presunción iuris tantum consistente en la prueba del hecho incierto de la paternidad de quien convivió con la madre del hijo que investiga su paternidad”.³⁸

Finalmente, por lo que hace a la última hipótesis que menciona el artículo 4.175 del Código Civil de Estado, y que consiste en que “Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre”, esto se refiere a que podrá investigarse la paternidad, si el hijo tiene un principio de prueba contra su presunto progenitor, que generalmente tendría que ser por escrito, por ejemplo, realizar los gastos del parto o al tratar de impedir el nacimiento del hijo. No obstante, la Doctrina conviene en que ya no es necesario que dicha prueba conste por escrito, y esto tiene la ventaja de permitir una gran flexibilidad en cuanto a las pruebas que puedan rendirse, que generalmente para hombres incultos que incluso no saben escribir o para aquellos que quieren eludir su responsabilidad, nunca

³⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho Relaciones jurídicas conyugales*. Ed. Porrúa, México, 1990, p. 297.

³⁸ CHAVEZ ASENCIO, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, Op Cit, pp. 184 -185.

aparecerá la prueba escrita, pero si habrá presunciones muy graves que puedan autorizar al juez para decretar.³⁹

Como se ahondará en ulteriores capítulos, consideramos que la regulación que hace el numeral 4.174 del Código Civil estatal respecto de las hipótesis de procedencia para la investigación de la paternidad de los hijos, no se encuentra ajustada a la realidad y debería ser modificada a la brevedad, puesto que no regula la totalidad de los casos en que pudiera permitirse la investigación de la paternidad. La realidad social, que casi siempre suele cambiar a un ritmo más vertiginoso que la norma jurídica, sobre todo en tratándose de la filiación, puede generar una multiplicidad de situaciones e hipótesis, distintas de las enumeradas en ese precepto legal, en las cuáles resulta imperativa la investigación de la paternidad, para salvaguardar el superior interés del menor, y por ende, consideramos que la posibilidad de investigar la paternidad debe ser libre y no estar sujeta a condición alguna, tal y como se ahondará más en ulteriores capítulos.

Investigación de la maternidad

Como pudimos ver, en nuestra entidad federativa la investigación de la paternidad sólo está permitida en cuatro supuestos, los cuáles han sido revisados en los párrafos anteriores. Ahora corresponde estudiar la investigación de la maternidad, y al respecto, nuestro Código Civil no es preciso, por lo que de, acuerdo al principio general de derecho según el cual lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido, es posible inferir que para los casos de investigación de la maternidad está abierta, y puede probarse por cualquier medio ordinario de prueba, como sucede de acuerdo con la legislación del Distrito Federal.

³⁹ ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 505.

No debemos de perder de vista el contenido del artículo 4.162 del Código Civil del Estado de México, que dispone que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento; este precepto legal sigue la máxima romana *partus sequitur ventrum* (el parto sigue al vientre), luego entonces esta constituye la presunción legal.

Por otra parte, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 385, dispone lo siguiente:

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

Como se puede apreciar en la legislación del Distrito Federal, la investigación de la maternidad es absolutamente libre en principio y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba; existiendo solo una excepción, y es precisamente cuando la indagación tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

La prohibición a que se refiere la última parte del artículo 385 del Código mencionado, deja de tener aplicabilidad, cuando la maternidad se deduzca de una sentencia civil o criminal, puesto que así lo señala el artículo 386 del ordenamiento legal precitado.

Por lo que hace a esta excepción a la regla general, de acuerdo con el jurista Rojina Villegas, en ésta cabrían los siguientes casos: "*la sentencia civil a que se refiere este último precepto, es el de impugnación de la legitimidad del hijo por del marido. La sentencia criminal es el adulterio de*

la mujer casada, para que ya exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio".⁴⁰

Ahora bien, tratando de explicar el por qué de la excepción de la indagatoria que tenga por objeto el atribuir el hijo a una mujer casada; debe subrayarse que lo anterior obedece a lo dispuesto por los artículos 63 y 374 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra rezan:

Artículo 63.- Se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges.

Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

Los dos artículos transcritos mantienen el mismo principio, a decir de Rojina Villegas: *"impedir según los casos, que se investigue la maternidad imputando el hijo a la mujer casada; o que se registre como un hijo distinto del marido el que tuviese aquélla; o bien que se pudiera reconocer por un hombre distinto del marido. Es decir, todo ello, es en función de los intereses superiores del hijo y del marido para que el primero pueda defender su legitimidad y, el segundo, si no lo impugna, impedir que pueda ostentarse como parte, otro hombre distinto al marido".⁴¹*

Como se manifestó en párrafos anteriores, existe una total libertad para acreditar la maternidad con todos los medios ordinarios de prueba, que incluso puede acreditarse libremente en cualquier juicio, como sería el caso, que en un juicio sucesorio, mediante la información testimonial, a que se refiere el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el

⁴⁰ ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 507.

⁴¹ Idem.

Distrito Federal, acreditara su filiación, y por consiguiente su derecho a heredar a la autora de la sucesión.

De acuerdo a lo anterior, y en base al Derecho Civil mexiquense vigente, existen abismales diferencias entre la investigación de la paternidad y de la maternidad, tal y como lo consideró la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada que a continuación se transcribe:

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y DE LA MATERNIDAD. DIFERENCIAS (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El artículo 328 del Código Civil estatuye: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad". El artículo 350 del mismo ordenamiento señala los casos en que está permitida la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Y el artículo 353 del propio Código expresa: "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinario; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". Por lo tanto, es inconcuso que es distinta la situación según se trate de investigar la paternidad o la maternidad; en tanto que la primera está limitada a los casos que enumera el artículo 350, la segunda es libre en principio y puede acreditarse por los medios ordinarios de prueba, tendientes a justificar el parto y la identidad del hijo. Además, mientras que la paternidad debe investigarse en un juicio en el que la controversia se refiere precisamente a ese punto, la maternidad puede probarse en un juicio diverso, como podría ser por ejemplo, el de alimentos.

5a. Amparo directo 10809/66/. Guillermo Chávez Lara y coags. 17 de abril de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra. Instancia: Sala auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca. Volumen 16 Séptima Parte. Pág. 21. Tesis Aislada.

Finalmente, según lo dispone el artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal, quien puede ejercitar la acción de la investigación de la

maternidad, es el hijo y sus descendientes. En consecuencia, no todos los herederos podrían intentar la referida acción.

Término para ejercer las acciones de Investigación de la Paternidad y de la Maternidad

Las acciones de investigación de la paternidad y de la maternidad pueden intentarse en cualquier tiempo, pues en este sentido resulta imperativo el precepto legal contenido en el artículo 4.177 del Código Civil para el Estado de México, que en lo conducente dice:

Artículo 4.177. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad pueden intentarse en cualquier tiempo.

Contrario a lo anterior, el artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal, menciona que dichas acciones pueden intentarse sólo en vida de los padres; y que si los padres hubieran fallecido, en la minoría de edad del hijo, éste puede intentar la acción, antes de que se cumplan cuatro años desde su mayoría de edad, es decir, antes de que cumpla veintitrés años.

Por lo que respecta al contenido del precepto legal aludido, el maestro Chávez Asencio considera que la acción puede intentarse *"durante la vida de los progenitores la acción se intenta contra ellos o sólo contra alguno. Pero después de muertos, la acción se ejercerá lógicamente contra los herederos de ella o de él, aun cuando hubieran renunciado a la sucesión. Esto no significa que las acciones necesariamente a los cuatro años, a partir de que el menor cumpla la mayoría de edad, pues esto se aplica sólo al caso de que el padre hubiera muerto antes, y no puede hacerse extensiva si los padres viven, en cuyo caso el límite es la vida de los padres. Debemos estimar que se trata de una extinción más que de una*

prescripción que opera para el hijo mayor de dieciocho años, cualquiera que sea su edad por la muerte del padre o la madre".⁴²

Presunción legal de la paternidad y maternidad

La presunción es "*la operación lógica mediante la cual, partiendo de un hecho conocido se llega a la aceptación como existente de otro desconocido o incierto*".⁴³ Similar definición nos da el artículo 1.356 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, que en lo conducente reza:

Artículo 1.356.- Presunción es la consecuencia que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido, para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana.

Por su parte, el siguiente numeral 1.357 del Código adjetivo antes mencionado, se refiere al hecho fundatorio de la presunción legal, donde refiere que el que tiene a su favor una presunción, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

Por otro lado, la Jurisprudencia nacional ha considerado que la presunción se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deduzcan de los hechos, por medio de los indicios, que de los unos, se llegue a los otros por medio de una conclusión muy natural; uno comprobado y el otro no manifiesto aún, el cual es el que se trate de demostrar, raciocinando del hecho conocido al desconocido.⁴⁴ En este sentido, llama la atención que para el efecto de llevar a cabo una

⁴² CHAVEZ ASECIO, Op Cit, p. 188.

⁴³ Ibidem, p. 184.

⁴⁴ (cfr) Tesis con el rubro "PRESUNCIONES" y datos de localización: Instancia: Primera Sala. Fuente: Apéndice de 1995, Quinta Época. Tomo VI, Parte SCJN. Pág. 263, en Disco Óptico: "*Jurisconsulta, 2010*", Software Visual, México, marzo 2010.

presunción, ya sea de carácter legal o humana, se requiere, por parte de quien aplique o interprete la norma jurídica, de una operación o un juicio lógico, que encierra, indudablemente del uso del raciocinio, para, de esta manera, de un hecho conocido arribar a uno desconocido.

En este sentido, es dable mencionar que el Código Civil del Estado de México, no contempla una presunción (que sería, por ende, de tipo legal), en el sentido de que en el caso que los progenitores se nieguen a someterse a la prueba pericial del ADN, se presumirá la paternidad y maternidad, como sí lo hace el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 382, de acuerdo con el cual, "*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 negare a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre*". Por ende, y so advertencia de que la posibilidad de la existencia de una presunción legal de características parecidas en la normatividad civil de nuestra entidad constituye el tema medular del presente trabajo de investigación, y por tanto, será abordado con profundidad en los subsecuentes capítulos, sólo cabe enfatizar en este punto, la posibilidad de que exista en la actualidad un vacío legal en la normatividad de nuestro Estado, mismo que debería ser subsanado, salvaguardando el interés superior del menor y en general, los derechos fundamentales de los involucrados.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO NORMATIVO

Este capítulo es relativo al análisis del marco jurídico que regula las figuras de la Filiación, Maternidad y Paternidad en nuestro estado. El estudio comienza con los preceptos relativos y aplicables de nuestra Carta Magna, ordenamiento supremo en nuestro sistema jurídico, para continuar con algunos tratados y convenciones internacionales suscritas por nuestro país y que de una u otra manera, se relacionan con el tema en estudio. Con posterioridad, se revisarán leyes federales y locales que se refieren al tópico ya mencionado, para concluir con un análisis comparativo entre las legislaciones del Estado de México y del Distrito Federal, así como una breve referencia a los criterios predominantes en la Jurisprudencia mexicana en torno al tema.

2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de febrero de 1917, en el álgido y turbulento período de la Revolución Mexicana, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que entró en vigor el día 1º de mayo de ese mismo año y que no obstante, las diversas modificaciones que ha sufrido, sigue vigente hasta el día de hoy, incorporó, además de una parte orgánica y otra dogmática, otra relativa a los derechos sociales; siendo, en su momento, uno de los primeros ordenamientos constitucionales en el mundo en regular dicha materia.

La supremacía de la Carta Magna se encuentra preceptuada en el artículo 133 de dicho ordenamiento, en el que se establece que dicha

Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la **Ley Suprema de toda la Unión**. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Ahora bien, entrando ya de lleno al tema materia de la presente investigación, se encuentra que el precepto que proporciona una base constitucional a la Filiación y la Paternidad lo es el artículo **4º** (que ha sufrido modificaciones subsecuentes en los años 2000, 2001 y 2005). En este sentido, debe apuntarse que dicho precepto parte de la obligación estatal de proteger a la **familia**, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en forma particular de los **niños**, quienes deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; es decir, en todo caso, se aborda la filiación, al partir del crisol de los derechos de la niñez, tal y como se infiere del contenido del precepto constitucional ya mencionado, que a continuación se transcribe.

“ Artículo 4o. (Se deroga el párrafo primero)

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de

salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

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

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

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

En el dispositivo constitucional antes transcrito se hace referencia a los derechos de los niños y las niñas, así como a la obligación del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. Es importante mencionar que los derechos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral de los menores, a que se refiere el artículo en comento, son derechos derivados o consecuencia de la filiación, tal y como se mencionó con meridiana claridad en el capítulo precedente.

2.2 Convención sobre los Derechos del Niño

Tal y como se mencionó con anterioridad, de acuerdo con el numeral 133 constitucional, los Tratados internacionales son, junto con la Constitución

General de la República, Ley Suprema de la Unión. Por ende, resulta justificado, al realizar el análisis del marco jurídico de la Filiación, efectuar una revisión de los principales instrumentos internacionales suscritos por nuestro país en torno al tema.

En este sentido, resalta, por su importancia, la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por nuestro país, habiendo sido ratificada el 21 de Septiembre de 1990 y que entró en vigor el día 21 de octubre del mismo año. Dicha convención tiene como antecedentes inmediatos, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los diversos estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales.⁴⁵

En la parte considerativa del instrumento internacional mencionado, se justifica su existencia en la premisa de que la libertad, justicia y paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. En el caso de la infancia, se refiere que tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, con la debida protección legal, por su falta de madurez física y mental. Por ello, es que en el artículo 3º de dicha convención, los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con tal fin, se comprometen a tomar las

⁴⁵ (cfr) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La Filiación, Rubenzal y Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 1986, pp. 39-41.

medidas legislativas y administrativas adecuadas, asegurándose de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes.

Aunque el artículo 6º de la Convención establece el derecho intrínseco que tiene todo niño a la vida, así como la obligación estatal de garantizar su supervivencia y desarrollo, son los numerales 7º y 8º los que se relacionan más concretamente al tema de la Filiación, tal y como se infiere de su contenido:

Artículo 7

1. El niño será inscripto (sic) inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Las referencias que se realizan en los dos preceptos transcritos, acerca del derecho de los niños a un nombre, una nacionalidad, a preservar su identidad, así como a las relaciones familiares, y a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, así como a la obligación de los Estados a

garantizar tales derechos, implican la necesidad de que los Estados, a nivel interno, establezcan la normatividad pertinente, tendiente a regular dichos aspectos, lo cual se da, en el ámbito de nuestro Derecho Positivo nacional, con la expedición de leyes federales en torno al tema, así como con la inclusión en los Códigos Civiles de cada una de las entidades federativas, de un capítulo relativo a la Filiación, con la consecuente previsión de todos y cada uno de los derechos y consecuencias derivados de la Filiación, tal y como se expondrá en los incisos subsecuentes.

2.3 Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, entrando en vigor el día siguiente a partir de dicha publicación. Se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4º de la Constitución General de la República, estableciéndose en su artículo 1º que sus disposiciones son de orden público, interés social y se observancia general en toda la República Mexicana, teniendo por objeto, garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

En su artículo 3º se establecen como principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, los siguientes:

- A.** El del interés superior de la infancia.
- 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.

D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.

E. El de tener una vida libre de violencia.

F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.

G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Asimismo se establece que la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, en el ámbito de su competencia, deberán expedir las normas legales y medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a la presente ley (artículo 1º), ésta dedica su Título Segundo a regular los derechos de niñas, niños y adolescentes, estableciéndose así, los derechos de prioridad (artículo 14), a la vida (artículo 15), a la no discriminación (artículo 16), a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico (artículo 19), a ser protegido en su integridad, en su libertad y contra el maltrato y el abuso sexual (artículo 21), a la identidad (artículo 22), a vivir en familia (artículo 23), a la salud (artículo 28), los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad (artículo 29), derecho a la educación (artículo 32), al descanso y al juego (artículo 33), a la libertad de pensamiento y a una cultura propia (artículo 36) y a participar (artículo 38).

La enumeración de los derechos de los infantes encuentra una obligación correlativa, por parte de ascendientes, tutores y custodios, tendientes a garantizar tales derechos en los artículos 11 y 12 del mismo ordenamiento. Del mismo modo, llama la atención que la mayor parte de los derechos

establecidos para las niñas, niños y adolescentes, son los mismos que se desprenden de la figura jurídica de la Filiación, a los que se hizo referencia en el capítulo precedente.

Dado el tema principal de la presente investigación, conviene en este punto, citar el contenido del artículo 22 de la presente Ley, mismo que se refiere al Derecho a la Identidad, en los términos siguientes:

Artículo 22. 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 prohiban (sic).
- 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.

De acuerdo a lo anterior, el derecho que tienen niñas, niños y adolescentes de conocer su filiación, es decir, conocer su procedencia, en relación a su padre o su madre, se encuentra reconocido, tanto a nivel nacional (a través del presente ordenamiento) como a nivel internacional (con los instrumentos internacionales ya mencionados en incisos precedentes). Así, el derecho a la identidad es de orden público, en términos de lo dispuesto por este artículo 22 en relación con el 1º de la Ley en comento, puesto que genera una gran cantidad de derechos y correlativas obligaciones por parte de los padres.

2.4 Código Civil para el Estado de México

El Código Civil para el Estado de México vigente, que abrogó el Código Civil de 1956, fue publicado en la Gaceta Oficial del Estado de México el día 7 de junio de 2002, iniciando su vigencia el 22 de junio del mismo año. Dedicó precisamente su Libro Cuarto al Derecho Familiar (de los artículos 4.1 al 4.389), que consta de once títulos denominados: Del Matrimonio, De los Efectos del Matrimonio en relación con los bienes de los Cónyuges, Del Divorcio, Del Parentesco y los Alimentos, De la Paternidad y Filiación, De la Adopción, De la Patria Potestad, De la Tutela y de la Curatela, De la Emancipación y de la Mayoría de Edad, De los Ausentes, y del Patrimonio de Familia.

Al presente trabajo de investigación interesa en forma particular, el Título Quinto, relativo a la Paternidad y Filiación. En virtud de que durante el desarrollo del estudio, se citarán continuamente diversos preceptos del Código Civil para el Estado de México, en este inciso se obvia un análisis pormenorizado y detallado de la totalidad de los preceptos relativos a la Filiación, limitándose únicamente a hacer mención de los más importantes, así como de la forma en que se encuentran organizadas y estructuradas dichas disposiciones.

El Título en comento se encuentra dividido en 3 capítulos. El primer capítulo (artículos 4.147 a 4.154) se refiere a los hijos de matrimonio, estableciéndose en el mismo, las hipótesis de presunción de ser hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario —en el caso de los nacidos después de 180 días desde la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio— (artículo 4.147); la excepción a dicha presunción (artículo 4.148), la improcedencia de desconocimiento de hijo

de matrimonio en caso de que el esposo hubiere otorgado su consentimiento tácito o expreso (numeral 4.149), así como los plazos para que el esposo contradiga la paternidad, y los casos en que los herederos del esposo puedan hacerlo (artículos 4.151 y 4.153), Finalmente, en el artículo 4.154 se establece también la presunción de paternidad en caso de la mujer que contrae nuevo matrimonio, a favor del actual esposo. Por ende, es dable señalar que el capítulo en comento establece básicamente presunciones legales en el caso de hijos nacidos en una relación matrimonial.

El capítulo segundo se denomina “De la Filiación” (artículos 4.155 a 4.161). Se refiere básicamente a la prueba de filiación así como a la Prueba de posesión de estado de hijo. En relación a la primera, se determina que la filiación de los hijos de matrimonio se prueba con el acta de nacimiento y con la de matrimonio de sus padres y a falta de éstas, con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio (artículos 4.155 y 4.156). En relación a la posesión de estado de hijo, si una persona ha sido tratada por otra como hijo, llevando su apellido o recibiendo alimentos, se estima probada dicha posesión (artículo 4.157), misma que no puede perderse sino mediante sentencia (artículo 4.161).

Por su parte, el capítulo tercero (artículos 4.162 a 4.177) se refiere fundamentalmente a los hijos nacidos fuera del matrimonio. En términos del artículo 4.162, se estima probada, en relación a la madre, con el solo hecho del nacimiento, en tanto que en relación al padre, se establece por el reconocimiento o por una sentencia que declare la paternidad. Se establece con toda claridad que el reconocimiento de hijo es irrevocable (artículo 4.166) y que dicho reconocimiento puede ser contradicho por un tercero interesado (artículo 4.157). Asimismo, el artículo 4.168 establece los

medios de reconocimiento de hijo (acta de nacimiento o reconocimiento, escritura pública, testamento o confesión judicial expresa). El consentimiento es necesario para que surte efectos el reconocimiento (artículo 4.170). Asimismo, cuando se reconozca al hijo de padres que no viven juntos, es menester que se convenga quien tendrá la custodia del menor (artículo 4.173). Por otra parte, la investigación de la paternidad de los hijos sólo se permite en casos de raptó, estupro o violación, cuando se encuentre en posesión de estado de hijo, cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre o bien cuando existe un principio de prueba contra el presunto padre (artículo 4.175). Finalmente, de conformidad con el numeral 4.177, estas acciones pueden intentarse en cualquier tiempo.

Finalmente, en el capítulo primero de la presente investigación, se ha hecho referencia ya a las consecuencias derivadas del vínculo natural-jurídico de la Filiación. En este sentido, no debe pasarse desapercibido en este inciso, el contenido de los artículos 4.201, 4.203 y 4.204, puesto que de la concatenación del contenido de dichos preceptos, se desprende que uno de los efectos que tiene la filiación, es el del ejercicio de la patria potestad, misma que debe ser ejercida, en primer término, por el padre y la madre (artículo 4.204), debiendo existir respeto y consideración entre los hijos y los padres (artículo 4.201). Al efecto el numeral 4.203 define a la patria potestad en los siguientes términos:

“Artículo 4.203. La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección”.

Además de los preceptos legales indicados, no debe omitirse la mención de los numerales 4.130 (respecto del derecho a alimentos por parte de los

hijos) y del artículo 6.144 la fracción I (derechos sucesorios que surgen por la filiación), ambos del Código Civil para el Estado de México, así como una gran diversidad de dispositivos, que se mencionan en el desarrollo de la presente investigación.

2.5 Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México

En relación a este ordenamiento adjetivo, es menester mencionar que si bien no regula algún aspecto específico sustantivo de la filiación y la paternidad, sí se encarga de establecer el procedimiento a través del cual se substancian las acciones de reconocimiento y paternidad, siendo éste la vía de controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar, el cual se encuentra regulado en el Libro Quinto, Título Único, capítulos I al VII del Código de Procedimientos Civiles estatal, procedimiento que entró en vigor apenas mediante publicación oficial de fecha 19 de febrero de 2009.

En términos del artículo 5.3 del ordenamiento legal precitado, este tipo de controversias tiene como principios la oralidad, la inmediación, publicidad, concentración y continuidad, siendo importante enfatizar, por ende, el carácter eminentemente oral del nuevo procedimiento. Cabe apuntar que antes de dicha reforma, el juicio ordinario (artículo 2.107) era la vía a través del cual se substancian las acciones de reconocimiento y de paternidad.

Dado que el capítulo subsecuente versa sobre la prueba pericial genética molecular del ADN, resulta necesario abocarse en este inciso a una revisión

general de las disposiciones más importantes en torno a la misma, al constituir el marco jurídico que la regula.

Como se indicó, de conformidad con el artículo 5.2, los litigios de paternidad y reconocimiento son de las materias que se deben tramitar en vía de controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar. Por ende, le son aplicables, en primer término los diversos preceptos legales contenidos en el Capítulo III del Título Tercero del Libro Quinto del referido código, y en lo no previsto las disposiciones generales relativas a la prueba, contenidos en el Título Octavo del Libro Primero del mismo ordenamiento.

En principio, en términos del artículo 1.250 del Código Procesal Civil de la entidad, para conocer la verdad, puede el Juzgador valerse de cualquier persona, cosa o documento, con tal de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. Asimismo, la carga de la prueba corresponde al actor, quien debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus defensas y excepciones (artículo 1.252). El objeto de la prueba son sólo los hechos dudosos o controvertidos (artículo 1.257).

Reconocida como medio de prueba en el artículo 1.265 fracción III, la prueba pericial será ofrecida y admitida cuando la naturaleza de las cuestiones materia de la misma requieran conocimientos científicos o tecnológicos o bien experiencia práctica en el ejercicio de un servicio u oficio, con la finalidad de prestar auxilio al juzgador (artículo 1.304).

Finalmente, de conformidad con el artículo 1.359 del ordenamiento en estudio, el Juez goza de libertad para valorar las pruebas, con excepción

de los documentos públicos que siempre harán prueba plena. Lo debe hacer tanto en lo individual como en su conjunto, atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia, explicando detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.

Llama la atención que en términos del artículo 5.38 fracción II del ordenamiento en comento, en tratándose de controversias del orden familiar, una vez que la prueba pericial ha sido admitida, el juez hará la designación de un perito o de los que estime convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada una de las partes designe perito para que rinda dictamen por separado. Ello contrasta con lo preceptuado para los juicios ordinarios, en los que, en términos del artículo 1.306, cada parte nombrará un perito y sólo en caso de discordia en alguno o algunos de los puntos esenciales se nombrará como tercero a un perito oficial del Tribunal Superior de Justicia (artículo 1.316).

Un punto fundamental, en tratándose de controversias del orden familiar, es que en el mismo artículo 5.38 fracción II se señala que si para la elaboración del dictamen se requiere de la presencia de las partes o terceros, el Juez los citará en día y hora determinado en el local del juzgado o en el que se estime pertinente para que se practiquen exámenes, pruebas, se tomen muestras y se efectúen las acciones necesarias acorde a la naturaleza de la pericial de que se trate. En este sentido, se apercibirá a las partes que de negarse a los exámenes o ante su inasistencia, se tendrán presuntamente ciertos los hechos que pretenda acreditar la oferente.

Dada su importancia para el tema que se aborda en la presente investigación, a continuación se transcribe el contenido del numeral 5.39,

relativo a la oposición al desahogo de pruebas, misma que trae como consecuencia que se tengan por ciertos los hechos que se pretendan acreditar, disposición sumamente importante que constituye un elemento más que sustenta la conveniencia de la presunción legal que se plantea en esta investigación.

Artículo 5.39.- Se tendrán por ciertos los hechos que pretendan acreditar las partes al ofrecer los medios de prueba: cuando su contraria impida u obstaculice de cualquier forma su desahogo, no presente a los menores que tenga bajo su custodia y cuando no exhiba algún documento o instrumento de acreditarse que los tiene a su disposición.

Finalmente, es importante mencionar el hecho de que la reciente reforma legal a la que se ha aludido tuvo lugar el 19 de Febrero de 2009, introdujo en el artículo 5.16 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, el concepto del **interés superior del menor**, que ya existía, como se ha revisado en este capítulo, en otros ordenamientos nacionales y convenciones internacionales. En este sentido, el precepto legal indicado considera al interés superior de los menores y su derecho a ser escuchados, como principios rectores que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Por ende, al resolver una controversia, el juez podrá dictar las medidas que estime pertinentes para salvaguardar el interés superior del menor, entre otras, ordenar terapia médica, psicológica o social a sus progenitores o quienes integren el grupo familiar. Tal y como se ampliará en subsecuentes capítulos, la inclusión del principio mencionado en la legislación adjetiva estatal es sumamente innovadora y la coloca a la vanguardia en nuestro país, si bien no se corresponde con la arcaica regulación que el Código

Civil del estado realiza en algunos aspectos de la filiación, como se revisa en el subsecuente inciso.

2.6 Análisis comparativo de las legislaciones sustantiva y adjetiva para el Estado de México y el Distrito Federal

Habiendo efectuado ya en incisos anteriores una revisión general de los diversos preceptos contenidos en el Código Civil del Estado de México, en este apartado se efectuará un estudio comparativo de este ordenamiento con su par del Distrito Federal, a efecto de estar en posibilidad de distinguir tanto las divergencias como las similitudes más notorias existentes entre ambos cuerpos normativos.

En principio, debe mencionar que si bien el Código Civil para el Distrito Federal se encuentra en vigor desde el 1º de octubre de 1932, el Título Séptimo del Libro Primero, que regula lo concerniente a la filiación (artículos 324 a 389), sufrió importantes modificaciones a raíz de las reformas legales publicadas en la Gaceta Oficial de dicha entidad el 25 de mayo de 2000 y algunas de fechas posteriores. En cuanto al Código Civil del Estado de México, ya se ha hecho mención que fue publicado en la Gaceta Oficial del Estado de México el día 7 de junio de 2002, iniciando su vigencia el 22 de junio del mismo año.

Ahora bien, ya entrando de lleno al análisis comparativo de ambos ordenamientos, llama en principio la atención que, en tanto el código distrital proporciona una definición legal de la filiación en su artículo 338, el código estatal en comento no lo hace. A mayor abundamiento, el precepto legal a que nos referimos, tiene el siguiente contenido:

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

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal contiene artículo expreso, en el que se determina que no existe distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen, lo que constituye una aclaración que busca poner fin con cualquier reminiscencia en relación a la existencia de hijos naturales y legítimos. Su ordenamiento correlativo en el Estado de México no contempla una disposición similar.

Ambos ordenamientos inician el tratamiento del tema, haciendo referencia a los hijos de matrimonio, estableciendo bases muy similares y parecidas, lo que puede tener su origen en el hecho de que el Código Civil para el Distrito Federal ha servido como modelo, para muchos códigos estatales, entre ellos el del Estado de México. En este tenor, la única diferencia significativa en relación a este tema, lo constituiría el hecho de que la acción del esposo para contradecir la paternidad, en el código estatal lo es de 6 meses contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho (artículo 4.151), en tanto que en el código distrital lo es de 60 días, contemplándose, por ende, un término menor en este último ordenamiento.

Mientras el Código Civil para el Distrito Federal dedica todo un capítulo a las pruebas de la filiación, en el caso del ordenamiento mexiquense, unos pocos preceptos (artículos 4.155 a 4.157, 4.162) se dedican a dicha cuestión. De acuerdo con dicho ordenamiento, la filiación de hijos nacidos de matrimonio se prueba con el acta de nacimiento y la de matrimonio de los padres (artículo 4.155); a falta o defecto de éstas, con la posesión constante de estado de hijo (artículo 4.156). En el caso de la filiación de los

hijos nacidos fuera de matrimonio, en relación a la madre, se desprende por el solo hecho del nacimiento, en tanto que respecto del padre, a través del reconocimiento o por una sentencia que declare la paternidad (artículo 4.162).

En cambio, el código distrital, si bien cuenta con preceptos de contenido prácticamente similar a los enunciados en el párrafo anterior (artículos 340 y 341), es claramente enfático en señalar en dichas disposiciones, que la prueba de la filiación, lo es, en principio, el acta de nacimiento, además de que son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluidos aquéllos generados por el avance de los conocimientos científicos. Incluso en relación a la prueba de la paternidad y maternidad, hay artículo expreso que establece también una presunción legal.

Artículo 382.- 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.

De conformidad con el artículo 4.162, se estima probada, en relación a la madre, con el solo hecho del nacimiento, en tanto que en relación al padre, se establece por el reconocimiento o por una sentencia que declare la paternidad. Sin embargo, de acuerdo con dicho precepto legal, se excluiría la investigación de la maternidad y no cabría la posibilidad de reconocimiento por parte de la progenitora o bien de un litigio judicial que tuviera por materia dichas cuestiones. Tal dispositivo va en contra del contenido de los artículos 4.173 y 4.174 que se refieren a hipótesis de las que se desprende la posibilidad de que la madre

reconozca al hijo, así como del artículo 360 del Código Civil distrital que señala que *"la filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare"*.

Otra situación que llama la atención, lo constituye el hecho de que en términos del artículo 4.170 del código mexiquense, en aquéllos casos en que se otorga el reconocimiento de hijo, dicho reconocimiento surtirá efectos a partir de que se otorga el mismo. Cuestión contraria sucede en el caso del ordenamiento distrital, de acuerdo al cual, aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde la fecha de nacimiento que consta en la primera acta (artículo 353 BIS). Lo anterior, podría traer importantes consecuencias jurídicas, como podría ser, por ejemplo, en materia de alimentos, puesto que de acuerdo al segundo ordenamiento mencionado, se devengarían alimentos generados antes del reconocimiento, en tanto que de acuerdo con el Código Civil para el Estado de México, no sucedería dicha cuestión.

Referente también al reconocimiento, en tanto el código mexiquense establece la posibilidad de revocación del reconocimiento hecho por un menor, cuando éste fue realizado por engaño (artículo 4.164), el código del Distrito Federal incluye, además del engaño, al error como causas para dicha revocación. La disposición relativa a que puede reconocer al hijo que no ha nacido y al que ha muerto si ha dejado descendencia, prevista en el artículo 4.166 del Código Civil para el Estado de México, no encuentra equivalente en su par distrital. Finalmente, en cuanto a la legitimación para contravenir el reconocimiento, mientras el primero de los ordenamientos mencionados establece que puede ser llevado a cabo por un tercero interesado (artículo 4.167), el artículo 368 del último cuerpo

normativo señala que tanto el Ministerio Público como el progenitor o el tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento, tendrían dicha acción.

Ambos ordenamientos establecen en sus artículos 4.170 y 368, respectivamente, la disposición de que sólo se asiente el nombre del compareciente, cuando únicamente uno de los padres reconoce a su hijo. Sin embargo, el código distrital, en el último dispositivo legal mencionado, deja a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad, cuestión que no sucede en el ordenamiento del Estado de México.

El artículo 4.175 del Código Civil para el Estado de México pretende enumerar las hipótesis de procedencia para la investigación de la paternidad de los hijos. Dicha disposición no encuentra una correlativa en el Código Civil para el Distrito Federal. Al efecto, consideramos que dicho precepto carece de razón de ser, en virtud de que efectivamente, no regula la totalidad de los casos en que pudiera permitirse la investigación de la paternidad de los hijos. En este sentido, llama la atención que en su fracción IV establezca la hipótesis de que *"el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre"*, situación que en muchas ocasiones no sucede, al no existir un principio de prueba, puesto que tal principio, puede darse derivado de la secuela procesal —pensemos por ejemplo, en un caso en que la filiación se acredite a través de la Prueba Pericial en Genética molecular—, una vez substanciado el proceso, más en principio, al iniciar el litigio, es posible que no se cuente con prueba alguna, como lo pide el precepto ya mencionado.

Para finalizar el presente apartado, vale la pena indicar que de acuerdo con el artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal, las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres. Asimismo, de acuerdo con el artículo 389, el hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho a:

- 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.

Tales cuestiones no se encuentran expresamente reguladas en el Código Civil para el Estado de México. En el caso específico de las consecuencias jurídicas de la filiación, éstas no se mencionan en artículo expreso, sino que deben concatenarse e interpretarse adecuadamente diversos preceptos normativos, a efecto de inferir tales derechos. Como se menciona con posterioridad, para efectos de la presente investigación, llaman la atención las divergencias existentes en ambos ordenamientos en lo que a la prueba de la filiación se refiere. Tal tema, junto con la manera diversa en que los Códigos de Procedimientos Civiles de ambas entidades federativas regulan lo concerniente a la prueba pericial, y en forma específica, la prueba pericial en Genética molecular, se abordarán en el capítulo subsecuente.

2.7 Jurisprudencia

En este apartado se concluye la revisión del marco jurídico relativo a la filiación mediante la relación de los criterios jurisprudenciales más importantes generados por los diversos Tribunales Colegiados y la Suprema Corte de Justicia. Una relación de la totalidad de tesis aisladas y jurisprudenciales, excedería por su cantidad y amplitud los límites de este trabajo, motivo por el cual se señalarán únicamente aquellas que tengan mayor relación con el tema en estudio. Asimismo, es menester indicar que los criterios jurisprudenciales que se refieren concretamente a la Prueba Pericial en Genética molecular del ADN, por cuestiones metodológicas, serán abordados con mayor amplitud en el capítulo cuarto de la presente investigación.

Ahora bien, en principio, resulta conveniente hacer mención a aquéllas tesis que se refieren esencialmente al derecho a la identidad de los menores y que detallan el contenido de dicho derecho, vinculado a la noción de "normal desarrollo" de los menores, temas que como ya se ha señalado, se encuentran preceptuados tanto por ordenamientos internacionales como nacionales, según se ha revisado en el presente capítulo.

DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO. El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991) dispone que el niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. En concordancia con lo anterior y conforme al numeral 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la República), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el artículo 22 de dicha Ley establece el derecho a la identidad, el cual se compone

por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.

1a. CXLII/2007. Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVI, Julio de 2007. Pág. 260. Tesis Aislada.

MENORES DE SIETE AÑOS. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR SU NORMAL DESARROLLO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). En términos de la fracción V del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, existe la presunción legal de que los hijos menores de siete años deben quedar al cuidado de la madre, salvo que se acredite que con ella el desarrollo normal de dichos menores se encuentre en grave peligro. En esta tesitura, para desentrañar el sentido de la frase "desarrollo normal", debe acudir a la Convención sobre los Derechos del Niño, de veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, instrumento internacional que es de referencia obligatoria cuando se involucra a un menor, de conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precepto fundamental que, incluso, sitúa a esa convención por encima de las legislaciones ordinarias federales y locales. En esta tesitura, del preámbulo del referido instrumento internacional, así como de su artículo 9, punto 1, se advierte que el desarrollo normal de un menor, es aquel que se produce cuando el entorno de éste le permite u otorga la posibilidad, en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con una percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; circunstancias que son posibles cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia, convivencia con sus padres

-en tanto ello no le resulte más perjudicial que benéfico-, socialidad, comprensión en razón a sus aptitudes físicas y mentales, libre expresión de sus ideas dentro del marco de la moral y buenas costumbres, educación, información, desarrollo psicosexual correlativo a su edad, juego y esparcimiento, experiencias estética y artística y las libertades de conciencia y religión; de tal manera que la presunción legal que nos ocupa sólo puede desvirtuarse en el caso en que se acredite la existencia de un peligro inminente de privar al referido menor de alguna de las circunstancias antes descritas.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.3o.C.670 C. Amparo directo 560/2006. 11 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXVII, Febrero de 2008. Pág. 2351. Tesis Aislada.

Establecido el derecho a la identidad, derivado de las diversas disposiciones normativa nacionales e internacionales, generador de diversas consecuencias jurídicas que motivan que las disposiciones relativas a la filiación sean de orden público, debe señalarse que la identidad de las personas, puede demostrarse a través de cualquier medio de prueba apto para ello, tal y como se desprende de la siguiente tesis:

IDENTIDAD DE LAS PERSONAS. PUEDE DEMOSTRARSE POR CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA. Si la prueba testimonial rendida en un juicio reúne los requisitos que para su eficacia señala el artículo 215 del Código Federal de Procedimientos Civiles, debe estimarse que con la referida prueba queda acreditada la identidad de una persona en cuanto la misma usaba en el ejército otro nombre y si no se trata de probar mediante la prueba testimonial la filiación de dicho individuo, la cual se demuestra mediante el acta de nacimiento, sino únicamente la identidad del sujeto, esta materia es susceptible de ser demostrada por cualquier medio de prueba.

2a. Amparo en revisión 6734/63. Joséfa Domínguez Moreno. 5 de marzo de 1964. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la

Federación, Sexta Epoca. Volumen LXXXI, Tercera Parte. Pág. 33.
Tesis Aislada.

No obstante lo anterior, debe mencionarse la existencia de algunos criterios desfasados en la Jurisprudencia nacional, que tienen que ver, en primer término con la vieja distinción que se hacía entre hijos naturales y legítimos que ha sido abandonado por los criterios más recientes, predominantes en la legislación, doctrina y jurisprudencia mexicanas, así como por la incorrecta regulación que llevaban a cabo algunas legislaciones —como el Código Civil para el Estado de México de 1956, ya abrogado—, de algunas cuestiones, como el de considerar que los únicos medios de prueba para la filiación lo son las constancias del Registro Civil, cuando, tanto los criterios jurisprudenciales—como el ya citado en líneas anteriores— como los códigos civiles de avanzada —verbigracia, el Código Civil para el Distrito Federal—, ha estimado apto para probar la filiación, cualquier medio de prueba.

FILIACION, DEMOSTRACION DE LA. La demostración de la filiación de hijo natural, equivale exactamente a la investigación de la paternidad, y si esto no puede hacerse, la prueba no debe admitirse ni concedérsele eficacia alguna.

3a. Peña García Elvira. Pág. 114. Tomo LXIV. 2 De Abril De 1940. Unanimidad De 4 Votos. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca. Tomo LXIV. Pág. 114. Tesis Aislada.

ESTADO CIVIL Y FILIACIÓN. SÓLO SE COMPRUEBAN CON LAS CONSTANCIAS DEL REGISTRO Y NO CON OTROS MEDIOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). De una armónica interpretación de los artículos 39 y 322 del código sustantivo de la materia en esta entidad, se sigue que el estado civil de las personas sólo se demuestra con las constancias relativas del Registro Civil, y ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo. Asimismo, conforme a dichos preceptos la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se justifica con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres; por

consiguiente, si en el juicio sucesorio intestamentario de origen se pretendió acreditar el entroncamiento con unas actas de nacimiento que a la postre se declararon nulas, según lo resuelto en diverso juicio, ante ello es concluyente que la responsable no está en aptitud legal de considerar otros elementos de prueba a efecto de tener por corroborada la filiación con la de cujus, y de hacerlo alterará la litis con notoria infracción de lo que disponen los artículos 209 y 512 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO. II.2o.C.280 C. Amparo directo 1007/2000. José Guadalupe Cruz Blancas. 20 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XIII, Junio de 2001. Pág. 702. Tesis Aislada.

Por otra parte, tal y como ya fue abordado, al momento de realizar el análisis comparativo de las legislaciones del Estado de México y el Distrito Federal, relativas a la filiación, la investigación de la paternidad y de la maternidad guardan cada una, peculiaridades específicas. En todo caso, ello podría dar origen a un juicio de reconocimiento de paternidad o maternidad, en caso de que la finalidad del hijo fuere la declaración judicial a través de sentencia ejecutoriada de dicha paternidad o maternidad, que daría lugar a todos los efectos jurídicos de dicha institución; debiendo aclarar que sería posible también ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad, cuando el padre estimare no ser el padre biológico nacido dentro o fuera de matrimonio, tal y como se infiere del contenido de las tesis que a continuación se enuncian.

INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD Y DE LA MATERNIDAD. DIFERENCIAS (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El artículo 328 del Código Civil estatuye: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad". El artículo 350 del mismo ordenamiento señala los casos

en que está permitida la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Y el artículo 353 del propio Código expresa: "Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinario; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". Por lo tanto, es inconcuso que es distinta la situación según se trate de investigar la paternidad o la maternidad; en tanto que la primera está limitada a los casos que enumera el artículo 350, la segunda es libre en principio y puede acreditarse por los medios ordinarios de prueba, tendientes a justificar el parto y la identidad del hijo. Además, mientras que la paternidad debe investigarse en un juicio en el que la controversia se refiere precisamente a ese punto, la maternidad puede probarse en un juicio diverso, como podría ser por ejemplo, el de alimentos.

5a. Amparo directo 10809/66/. Guillermo Chávez Lara y coags. 17 de abril de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Salvador Mondragón Guerra. Instancia: Sala auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca. Volumen 16 Séptima Parte. Pág. 21. Tesis Aislada.

FILIACION CON RELACION A LA MADRE, PRUEBA DE LA. El artículo 551 del Código Civil vigente para el Estado de Puebla, contempla una excepción para acreditar, dentro de un juicio de intestado o de alimentos la filiación de los hijos con relación a la madre, la cual consiste en que si los hijos no se benefician de las presunciones establecidas en los artículos 527, 535 y 542 del mismo ordenamiento legal, la filiación se demuestra por el sólo hecho del nacimiento y para justificar éste, son admisibles todos los medios de prueba, mismos que pueden ofrecerse en los referidos juicios.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. T.C. Amparo en revisión 481/88. Instituto de Asistencia Pública del Estado de Puebla. 23 de enero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Marín. Secretario: J. Ignacio Valle Oropeza. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca. Tomo III Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989. Pág. 349. Tesis Aislada.

DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD, ACCIÓN. PUEDE INTENTARSE POR TODO VARÓN QUE ESTIME NO SER EL PADRE BIOLÓGICO DE UN HIJO NACIDO DENTRO O FUERA DE MATRIMONIO. Si bien es cierto que el artículo 330 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone que "En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la

paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.", tal precepto se encuentra dentro del título "De la filiación", referido a hijos procreados dentro del matrimonio y nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo (artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal); también lo es, que la intención del legislador en la reforma al citado artículo de fecha veinticinco de mayo de dos mil, quiso eliminar esa distinción, para establecer una igualdad de derechos de filiación entre los hijos nacidos dentro de matrimonio, como los nacidos fuera de él, como ocurriría en tratándose de un concubinato; tan es así, que se adicionó el artículo 338 Bis, en el que se estipuló que "La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.". En consecuencia, es indudable que la acción de desconocimiento de la paternidad, es susceptible que sea intentada por todo varón (cónyuge o concubino) que estime no ser el padre biológico de un hijo a efecto de destruir la presunción de hijo nacido dentro del concubinato o dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó dicha relación (artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal). Incluso, dicha acción, puede ser intentada por aquel varón que registró a un menor como su hijo, pese a no haber vivido en matrimonio o concubinato con la madre, pues como se mencionó, el legislador quiso eliminar la distinción entre hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio, estableciendo igualdad en los derechos de filiación.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.11o.C.183 C. Amparo directo 277/2007. 18 de mayo de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretario: Lucio Leyva Nava. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXVI, Octubre de 2007. Pág. 3160. Tesis Aislada.

Finalmente, se concluirá el presente capítulo, con la enunciación de un criterio jurisprudencial, en el sentido de que la Prueba Pericial en Genética constituye la prueba idónea para demostrar científica y biológicamente la paternidad y la filiación. Es decir, a través del análisis técnico científico correspondiente, resulta factible esclarecer jurídicamente el problema de la filiación, con un grado casi total de certeza. Tal criterio resulta sumamente apropiado, toda vez que, a la vez que permite la conclusión

de este capítulo, sirve de base para iniciar el desarrollo del capítulo subsiguiente, relativo a la prueba mencionada, a la vez que nos permite concentrarnos en el tema capital de esta investigación.

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 de 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 una 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. II.2o.C.99 C. 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. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VIII, Julio de 1998. Pág. 381. Tesis Aislada.

CAPÍTULO TERCERO

ASPECTOS TÉCNICOS Y JURÍDICOS DE LA PRUEBA DEL ADN

Este capítulo versará precisamente acerca de la Prueba Pericial en Genética molecular del ADN, la que constituye la prueba idónea para determinar la paternidad y la maternidad, y por ende, la filiación. El análisis se lleva a cabo de la siguiente manera. En primer término se proporcionan algunas nociones generales acerca de la Prueba, genéricamente hablando, para después entrar al estudio de la prueba pericial. Con posterioridad se aborda la Prueba Pericial en Genética, propiamente dicha, para lo cual se inicia con la exposición tanto de algunos antecedentes de dicha prueba, como del proceso científico en que se funda la misma, a efecto de contar con una mínima base de elementos técnicos que permitan la comprensión del procedimiento a través del cual se desarrolla. Asimismo, se especifican los requerimientos para el desarrollo de la misma, concretamente en la identificación de individuos. Se finaliza el presente capítulo a través de algunas reflexiones acerca de la valoración de dicha probanza en nuestro Derecho Positivo.

3.1 La Prueba. Nociones Generales

En principio, vale la pena recordar que el proceso debe ser concebido, tal y como señala atinadamente el maestro Víctor Fairén Guillén en su obra "Teoría General del Derecho Procesal" como "*el conflicto intersubjetivo hecho litigio, por haber sido sometido para su resolución a un órgano de la jurisdicción*".⁴⁶ Dicho proceso se inicia por una exposición de apariencias de hechos, narrada por una de las partes y contradicha por la otra.

⁴⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Teoría General del Derecho Procesal, UNAM, México, 1992, p. 425.

Precisamente a tales apariencias se trata de poner en contacto con la realidad exterior de las cosas, para saber si coincide dicha versión subjetiva con la realidad del objeto narrado, dentro de los límites en que al hombre le es posible llegar a conocer dicha realidad; en el entendido de que tal coincidencia constituirá la base para que el órgano jurisdiccional adquiera una convicción de los hechos planteados, subsumiendo éstos a la norma jurídica aplicable y de tal superposición surgirá la conclusión que pondrá fin al litigio.⁴⁷

Ahora bien, remitiéndonos a la raíz etimológica de la palabra "prueba", encontramos que ésta procede "del latín **probo**, bueno, honesto y **probandum**, recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer de".⁴⁸ Coloquialmente, significa "Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo".⁴⁹

En el ámbito jurídico, existen diversas acepciones de dicho término. De este modo, Henri Capitant define a la prueba como "*la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la ley*";⁵⁰ en tanto que otros autores la conciben como "*justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce como eficaces la ley*".⁵¹ A efecto de dar una idea de la vastedad de puntos de vista al respecto, a continuación citamos algunas definiciones enunciados respecto del término en comento en la Enciclopedia Jurídica Omeba.

⁴⁷ (cfr) Idem.

⁴⁸ Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Centro de Investigación, Compilación y Aplicación de Software Jurídico, México, 2003, voz "prueba".

⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española, Op Cit, voz "prueba".

⁵⁰ Diccionario Jurídico Omeba, Op Cit, voz "prueba".

⁵¹ Idem.

“Para Mittermaier es ‘el conjunto de motivos productores de la certidumbre’; para Bonnier es ‘la conformidad entre nuestras ideas y los hechos constitutivos del mundo exterior’; para Laurent es ‘la demostración legal de la verdad de un hecho’; para Domat ‘aquello que persuade de una verdad al espíritu’; para Bentham es ‘un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho’; para Olivier es ‘el averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa y también los medios legales de que al efecto pueden valerse los litigantes’ ...” .⁵²

Compartimos el señalamiento que realiza el jurista Hugo Alsina en el sentido de que algunas de las definiciones antes citadas excluyen el concepto de medios de prueba, en tanto que otros se refieren a ellos exclusivamente y algunos otros sólo importan una definición de la verdad. Lo cierto es que probar en su acepción lógica, implica demostrar la verdad de una proposición, en tanto que en su acepción corriente expresa una operación mental de comparación; motivo por el cual no tenemos inconveniente en convenir, junto con Alsina que “ *la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla*” .⁵³

Una vez establecido el concepto de la prueba, a efecto de tener una noción general de la misma, resulta menester referirse a 3 aspectos torales en torno al tema: el objeto de la prueba, es decir, los hechos sobre los que versa la prueba; la carga de la prueba, o la atribución impuesta por la Ley a las partes para que propongan y proporcionen los medios de prueba que confirmen sus afirmaciones; y finalmente, el procedimiento probatorio , o sea, la secuencia de actos desplegados por las partes para lograr el cercioramiento judicial; en el entendido de que los sistemas de

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

apreciación probatoria serán estudiados en la parte final de este mismo capítulo.

Objeto de la prueba. En principio, estamos conformes con lo expresado por los doctores Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, en el sentido de que el Derecho Procesal Civil delimita el objeto de la prueba con cierta precisión, puesto que por ejemplo, en el caso del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, establece en su artículo 1.257, que **sólo los hechos dudosos o controvertidos serán objeto de prueba**; en tanto el derecho lo está únicamente cuando se funde en leyes extranjeras, usos y costumbres. Tal precepto recoge los principios romanos *jura novit curia* (el juez conoce el derecho) y *Da mihi factum, dabo tibi ius* (dadme los hechos y yo os daré el derecho) y exige a las partes la carga de la prueba únicamente de los hechos y en cuanto a la prueba del derecho, ésta sólo se exigiría en tratándose de derecho consuetudinario o extranjero.⁵⁴

De acuerdo a lo anterior, únicamente los hechos discutidos o discutibles serán objeto de la prueba, puesto que los hechos notorios, imposibles o notoriamente inverosímiles no lo serán; tal y como lo confirma el contenido del artículo 1.260 del ordenamiento jurídico precitado que establece que los hechos notorios no necesitan ser probados y el Tribunal puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes.

Cabe mencionar que de acuerdo con Eduardo J. Couture, la regla general de que sólo los hechos son objeto de prueba, tiene también una serie de excepciones, la primera de las cuáles es que sólo los hechos controvertidos son materia de prueba; asimismo, los hechos aunque

⁵⁴ (cfr) FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal, UNAM, México, 1991, p. 84.

controvertidos, pero que fueren admitidos tampoco deberán probarse *frusta probatur quod probatum non relevat* (es inútil probar los hechos no relevantes); en tanto que los hechos admitidos tácitamente entran dentro de esta misma hipótesis, al igual que la demostración de hechos evidentes en que la mentalidad del juez suple la actividad probatoria de las partes.⁵⁵

Otras hipótesis de excepción serían los hechos normales, en el entendido de que lo evidente no necesita prueba, puesto que los hechos deberían suponerse conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas. Los hechos notorios también quedan fuera del objeto de prueba, tal y como lo refiere el aforismo latino *notoria non egent probatione*. Una última excepción lo constituirían los hechos presumidos por la Ley, puesto que una presunción legal significa consagrar una exención de prueba de los hechos presumidos, puesto que en tal supuesto no sólo se declara inútil la prueba desfavorable, sino incluso también la favorable, por razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislados a consagrar determinadas soluciones, como la presunción legal; y por ende, el hecho presumido no necesita prueba, al no ser objeto de ella.⁵⁶

Carga de la prueba. En general, los ordenamientos procesales civiles recogen las dos reglas tradicionales de la carga de la prueba, según las cuáles el actor y el demandado tienen la carga de probar los hechos en que funden su acción o su excepción, respectivamente, y sólo los hechos afirmados —no así los negados, con algunas excepciones— imponen la carga de probarlos a la parte que los expresa.⁵⁷

⁵⁵ (cfr) COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1958, pp. 223-236.

⁵⁶ (cfr) *Idem*.

⁵⁷ (cfr) *Ibidem*, pp. 85-86.

El Código Procesal Civil estatal sigue los principios mencionados en el párrafo precedente, tal y como lo atestigua el contenido de los preceptos que se transcriben a continuación.

“Carga de la prueba

Artículo 1.252. El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus defensas y excepciones.

Carga de la prueba

Artículo 1.253. El que afirma tendrá la carga de la prueba, de sus respectivas proposiciones de hecho, y los hechos sobre los que la contraparte tenga a su favor una presunción legal.

Carga de la prueba sobre hechos negativos

Artículo 1.254. El que niega sólo está obligado a probar cuando:

- I. La negativa envuelva la afirmación de un hecho;
- II. Se contradiga la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;
- III. Se desconozca la capacidad;
- IV. La negativa duere elemento constitutivo de la acción o de la excepción”.

Procedimiento probatorio. Según refiere Héctor Fix-Zamudio, el procedimiento probatorio se compone de los siguientes actos: **a)** Ofrecimiento o proposición; **b)** Admisión o desechamiento; **c)** Preparación y **d)** Ejecución, práctica o desahogo. La valoración de las pruebas practicadas se lleva a cabo en la sentencia, de la cual forma parte. En forma separada, concentrada o aún diluida a lo largo del proceso, estos actos de prueba se manifiestan en todas las ramas procesales.⁵⁸

En el Derecho Procesal Civil, el procedimiento probatorio varía según se trate de juicio ordinario o de ciertos juicios especiales, puesto que mientras en el juicio ordinario civil, cada uno de los actos del procedimiento probatorio tiene señalado un momento procesal específico: un plazo

⁵⁸ (cfr) *Ibidem*, p. 85-87.

común contado a partir del día siguiente al de la notificación del auto que manda abrir el juicio a prueba; un auto que resuelve sobre la admisibilidad de las pruebas; un período variable para la preparación, que va desde el auto de admisión hasta antes de la audiencia o de las audiencias, en las que se lleva a cabo el desahogo, ejecución o práctica de las pruebas; en ciertos juicios especiales, como el de controversias de orden familiar, el procedimiento se debe hacer desde la demanda y la contestación.

En el caso específico de litigios relativos a filiación, maternidad y paternidad en el Estado de México, éstos deberán tramitarse necesariamente por la **vía de controversias sobre el estado civil de las personas y del derecho familiar**, de acuerdo al el Libro Quinto, Título Único, capítulos I al VII del Código de Procedimientos Civiles estatal. De conformidad con el numeral 5.40, si bien la demanda, la reconvención y contestación a éstas se regularán por las disposiciones relativas al juicio ordinario civil, no obstante se establece también la obligación legal de ofrecer las pruebas respectivas en la demanda, reconvención y contestación a éstas. En tales controversias, además de los medios de prueba ordinarios, las partes podrán ofrecer la declaración de parte. Además, en tratándose de asuntos donde se controvertan derechos de menores e incapaces o en materia de alimentos a favor del acreedor alimentario, el juez podrá ordenar el desahogo y práctica de cualquier medio probatorio (artículo 5.56). En todo caso, el órgano jurisdiccional debe dictar las medidas necesarias para preparar el desahogo de las probanzas que no se tengan por desahogadas por su propia y especial naturaleza en la audiencia principal o fuera de ésta (artículos 5.56 y 5.57 del mismo ordenamiento).

Si bien restarían por abordar dos cuestiones de gran importancia en relación a la prueba, a saber: los medios de prueba y la apreciación probatoria, se da por concluida la revisión de conceptos generales en torno a la prueba, puesto que se hará una breve referencia a los medios de prueba en el apartado subsiguiente, en tanto que en la parte final de este capítulo se abordará lo relativo al sistema de valoración o apreciación de la prueba en nuestra legislación civil estatal.

3.2 La Prueba Pericial

Una vez establecidos los conceptos generales más importantes en torno a la prueba, el presente apartado versará sobre la prueba pericial en lo específico. Para ello, resulta menester efectuar una breve referencia a los medios de prueba que se reconocen en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

En principio, de acuerdo con Ovalle Favela, los medios de prueba son los instrumentos con los cuales se pretende lograr el cercioramiento del juzgador sobre los hechos objeto de prueba, pudiendo consistir en objetos materiales o en conductas humanas realizadas bajo ciertas condiciones.⁵⁹ En este sentido, al referirse a los medios de convicción, el numeral 1.250 del ordenamiento legal en cita, señala que para conocer la verdad, puede el Juzgador valerse de cualquier persona, cosa o documento, con tal de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

⁵⁹ (cfr) OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, Oxford University Press, 8ª ed., México, 1999, p. 144.

A mayor abundamiento, relacionando los artículos 1.265 y 5.33 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, los medios de prueba reconocidos en controversias del orden familiar son los siguientes:

- ☑ La confesión;
- ☑ Documentos públicos y privados;
- ☑ **Dictámenes periciales;**
- ☑ Inspección judicial;
- ☑ Testigos;
- ☑ Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos, cualquier grabación de imágenes y sonidos y, en general, todos aquellos elementos aportados por la ciencia y la tecnología;
- ☑ Reconocimiento de contenido y firma de documento privado;
- ☑ Informes de autoridades;
- ☑ Presunciones;
- ☑ Declaración de parte.

Refiriéndose concretamente a la Prueba Pericial, el artículo 1.304 del mismo ordenamiento, señala que dicha probanza será ofrecida y admitida cuando la naturaleza de las cuestiones materia de la misma requieran conocimientos científicos o tecnológicos o bien experiencia práctica en el ejercicio de un servicio u oficio, con la finalidad de prestar auxilio al juzgador.

Han sido vertidas gran cantidad de definiciones relativas a la prueba pericial. Así, Roland Arazi la define como *" el medio de prueba por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos y los ponen en*

conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto en cuestión, siempre que para ello se requieran esos conocimientos" .⁶⁰

Por su parte, Carlos Arellano García señala que la prueba pericial " *es el medio acrediticio (sic) propuesto a iniciativa de alguna de las partes o del juzgador que se desarrolla mediante la intervención de perito o de peritos. Le damos a la prueba pericial el carácter de un medio de prueba pues es uno de los instrumentos que contribuye a la demostración de los hechos que se han aducido dentro del proceso" .⁶¹*

Finalmente, Ovalle Favela considera que "el dictamen pericial es el juicio emitido por personas que cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia".⁶² En todo caso, coincidimos con el criterio esgrimido por nuestros Tribunales Federales, en el sentido de que la **peritación** " *propriadamente es el conjunto de actividades, experimentos, observaciones y técnicas desplegadas por los peritos para emitir su dictamen), es una actividad procesal desarrollada en virtud de encargo judicial (o incluso ministerial), por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, clínicos, artísticos, prácticos o científicos, mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos cuya percepción, entendimiento o alcance, escapa a las aptitudes del común de la gente, por lo que se requiere esa capacidad particular para su adecuada percepción y la correcta verificación de sus*

⁶⁰ ARAZI, Roland, *La Prueba en el Proceso Civil*, La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 379.

⁶¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, 3ª. ed., Porrúa, México, 1993, pp. 341-342.

⁶² OVALLE FAVELA, Op Cit, p. 162.

relaciones con otros hechos, de sus causas, de sus efectos o simplemente para su apreciación e interpretación".⁶³

De lo anterior podemos inferir que la peritación es una actividad humana de carácter procesal, desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por su experiencia o conocimientos técnicos, artísticos o científicos — denominados **peritos**—, y mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos también especiales cuya percepción o cuyo entendimiento escapa a las aptitudes del común de la gente y requieren esa capacidad particular para su adecuada percepción y la correcta verificación de sus relaciones con otros hechos, de sus causas y de sus efectos o, simplemente, para su apreciación e interpretación.

Así, el perito a través de su conocimiento especializado en una ciencia, técnica o arte, ilustra al Juez sobre la percepción de hechos o para complementar el conocimiento de los hechos que el Juez ignora y para integrar su capacidad y, asimismo, para la deducción cuando la aplicación de las reglas de la experiencia exigen cierta aptitud o preparación técnica que el Juez no tiene, por lo menos para que se haga con seguridad y sin esfuerzo anormal.

En consecuencia, es dable señalar que la peritación cumple con una doble función, que es, por una parte, verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del Juez y de la gente, sus causas y sus efectos y, por otra,

⁶³ Tesis con el rubro “PRUEBA PERICIAL. SU NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE” y datos de localización: Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXII, Diciembre de 2005. Pág. 2745., en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos, para formar la convicción del Juez sobre tales hechos y para ilustrarlo con el fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente.⁶⁴

Obvia decir que aún sigue en debate actualmente, la discusión doctrinaria de añejos orígenes, respecto si la prueba pericial constituye un “medio de prueba” o bien un “medio auxiliar del juez”. Aunque existen algunos autores como Víctor Fairén Guillén que consideran que se trata de un medio auxiliar, por cuanto lo que haría la prueba pericial sería “*suministrar al juez o tribunal ‘reglas de la sana crítica’, las que [...] él no tiene que conocer, por no ser jurídicas*”;⁶⁵ desde nuestro particular punto de vista, la peritación sí constituye un medio de prueba, por cuanto permite al juzgador formarse convicción respecto de los hechos controvertidos en juicio, máxime que la propia Ley la cataloga como un medio de prueba, reconociéndole eficacia, al igual que las demás pruebas, teniendo el Juez libertad para valorarla, en base a la lógica y a la experiencia, al igual que las demás pruebas reconocidas por la propia Ley; y por ende, será eficaz en aquellos casos que constituya el medio idóneo para determinar si la versión de una de las partes coincide con la realidad del objeto narrado, y deje en aptitud al órgano jurisdiccional de arribar a una conclusión y consecuentemente, resolver la materia de la litis.

Reforzando lo anterior, el artículo 1.304 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, establece que la prueba pericial será ofrecida y admitida cuando la naturaleza de las cuestiones materia de la misma requieran conocimientos científicos o tecnológicos o bien

64 (cfr) Tesis con el rubro “PERITACIÓN, DOBLE FUNCIÓN DE LA” y datos de localización: Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XVI, Julio de 2002. Pág. 1356., en Idem.

65 FAIRÉN GUILLÉN, Op Cit, p. 465.

experiencia práctica en el ejercicio de un servicio u oficio, con la finalidad de prestar auxilio al juzgador.

Resulta importante señalar que los peritos deben tener título en la ciencia, arte o industria correspondiente, si estuvieran legalmente reglamentados. En caso contrario o cuando no hubiere en el lugar peritos titulados, puede ser nombrada cualquier persona con conocimientos en la materia, a juicio del Juez, de conformidad con el numeral 1.305 del ordenamiento legal precitado.

A diferencia de los juicios ordinarios civiles, en los cuáles cada parte debe nombrar a un perito, a no ser que se pusieren de acuerdo en el nombramiento de uno solo (artículo 1.360), y sólo en caso de que discordaren los dictámenes en algún punto esencial, se nombrará como tercero un perito oficial del Tribunal Superior de Justicia (artículo 1.316), en las controversias del orden familiar, una vez que se admita la prueba pericial, el propio Juez es el que hará la designación del perito, sin perjuicio de que cada una de las partes designe perito para que rinda dictamen por separado. La contraparte puede adicionar el cuestionario respectivo (artículo 5.38 fracción II). Ello establece una clara diferencia con el procedimiento del juicio ordinario, puesto que no habrá, en principio, perito por cada una de las partes, y en su caso, perito tercero en discordia, sino que se designa un perito oficial (cuyo nombre y clave oficial deberá precisarse en el auto de admisión), por parte del órgano jurisdiccional para que dictamine en el caso concreto, y se deja a la decisión de las partes el designar perito o no de su parte.

El perito designado por el juez debe aceptar y protestar el cargo por escrito dentro de los dos días siguientes a su designación; plazo que

también es extensivo a los peritos nombrados por las partes en su caso. Cabe señalar que de conformidad con el mismo precepto legal, los peritos deben precisar los elementos necesarios para su desahogo, y por ende, el juez deberá proveer lo conducente –lo cual es importante, por ejemplo, al desahogar la pericial en genética molecular, en la cual son necesarias las tomas de muestra, tal y como se comenta en la parte final de este capítulo-. Si para la elaboración del dictamen, se requiere de la presencia de las partes o terceros, el juez los citará en día y hora determinado en el local del juzgado o en el que se estime pertinente para que se practiquen exámenes, pruebas, se tomen muestras y se efectúen las acciones necesarias acorde a la naturaleza de la pericial de que se trate. En este sentido, el Juez debe apercibir a las partes que de negarse a los exámenes o ante su inasistencia, se tendrán presuntamente ciertos los hechos que pretenda acreditar la oferente.

Cabe añadir que el dictamen deberá ser exhibido por escrito en la audiencia principal, y dada la naturaleza eminentemente oral de los procedimientos de índole familiar, si bien el dictamen debe ser exhibido por escrito en la audiencia principal, en la misma los peritos deberán dar cuenta sucinta sólo de las consideraciones generales del caso y de la parte conclusiva. Ello sin perjuicio de que el juez pueda exigir las aclaraciones que estime conducentes. En caso de que los peritos designados por las partes no acepten ni protesten el cargo, no comparezcan al juzgado a examinar a las partes y terceros, no asistan a la audiencia principal, aunque exhiban con antelación su dictamen, se les tendrá por precluido su derecho.

3.3 La Prueba Pericial Genética molecular del ADN

Una vez analizados diversos aspectos generales acerca de la Prueba en general, y en concreto, en torno a la Prueba Pericial, nos abocaremos al análisis de la Prueba Pericial Genética molecular del ADN, que constituye uno de los temas más importantes de este trabajo de recepción, puesto que constituye el medio idóneo para tener por demostrada la filiación en tratándose de filiación extramatrimonial. Para ello, dicho estudio se llevará a cabo de la siguiente manera: en primer término abordaremos algunos antecedentes relativos a la prueba del ADN y la forma en que ha llegado a constituir una de las pruebas científicas de mayor rigor en la actualidad, siendo empleada en multitud de campos y actividades, entre ellas, la investigación de paternidad y maternidad. En segunda instancia, abordaremos algunos aspectos técnicos relativos a los requerimientos para su aplicación; para, en último lugar, referirnos a la práctica de dicha probanza para la identificación de individuos.

3.3.1 Antecedentes de la prueba del ADN.

En primer término, debemos mencionar que la historia del ADN constituye un ejemplo para sostener, tal y como lo señala Guillermo Guevara Pardo en su artículo "ADN: historia de un éxito científico", que el avance de la ciencia está causado por la acumulación progresiva de nuevos conocimientos, los cuales llevan al planteamiento de problemas novedosos (de ahí el carácter infinito de la ciencia), que la verdad científica no es un asunto de consenso entre los que más saben en el seno de una comunidad de investigadores, sino que es el producto de la unidad dialéctica de teoría y práctica, siendo esta última el aspecto fundamental

en esta unidad de contrarios en la explicación de los fenómenos que ocurren en el mundo material y espiritual.⁶⁶

Desde siempre, el *Homo sapiens* ha sido consciente de la función de reproducción como fenómeno único del mundo de los seres vivos. Desde hace más de 10,000 años, iniciaron las prácticas agrícolas y pecuarias utilizando la selección artificial de los genes ventajosos en plantas y animales, sin tener una explicación adecuada para dicho proceso. Fueron los antiguos griegos quienes primero intentaron explicar el problema del origen y reproducción de los seres vivos. Filósofos griegos como Anaximandro de Mileto, Empédocles de Agrigento, Anaxágoras de Clazomenes, Demócrito de Abdera y el propio Aristóteles de Estagira, escribieron amplios tratados en los que abordaban, temas relativos a la vida y la reproducción de los seres vivos.⁶⁷

En 1865, el monje austríaco Gregor Mendel presentó los resultados de sus estudios ante la Sociedad para el Estudio de las Ciencias Naturales de Brünn. Como material para su estudio, utilizó arvejas o guisantes, ensayando cruzamientos entre vegetales. A los fenómenos biológicos los sometió al rigor numérico por primera vez en la historia de la biología. Los análisis de los resultados de sus experimentos le permitieron postular que cada uno de los caracteres por él estudiados estaban determinados por una serie de "factores" independientes unos de otros, haciendo sus investigaciones con un desconocimiento absoluto de las bases materiales de la herencia, pues para esa época aún no se habían identificado los cromosomas en el núcleo y por lo tanto no se tenía conocimiento de los fenómenos de división celular (mitosis y meiosis), lo cual motivó que se le

⁶⁶ (cfr) GUEVARA PARDO, Guillermo, ADN: Historia de un éxito científico, en "Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia", Vol. III, Nos. 10 y 11, Bogotá, Colombia, 2004, p. 9.

⁶⁷ (cfr) *Ibidem*, pp. 11 y 12.

tuviera en olvido durante 35 años. No obstante, tal y como lo considera acertadamente Guevara Pardo, explicó la evolución de los seres vivos a través de la selección natural, y por ende, "*con sus leyes sigue vivo y fuerte, tanto más cuanto que, gracias a él y a partir de él, el universo biológico tiene unidad*".⁶⁸

Habiendo ya descubierto la célula y el núcleo celular, a fines del siglo XIX, los biólogos ya tenían conocimiento de los cromosomas y se empezaba a sospechar de su papel en la herencia. De Vries, Correns y Seysenegg redescubren los trabajos de Mendel y se encargan de difundirlos, iniciando el impetuoso desarrollo de la **Genética**, rama de la Biología, encargada del estudio de la fisiología de la descendencia, término creado por el inglés William Bateson, proponiendo Wilhelm Johannsen también la palabra **genes** (del latín *genus* "que da origen a"), para designar a los viejos factores de Mendel, palabra útil para designar "*una expresión de los factores, elementos o alelomorfos en los gametos, demostrados por los modernos investigadores mendelianos. Un genotipo es la suma total de todos los genes en un gameto o un cigoto*".⁶⁹

Las moléculas más importantes para la fisiología y morfología de los seres vivos son los lípidos (grasas y aceites), los carbohidratos (azúcares y almidones), las proteínas y los ácidos nucleicos (ADN Acido Desoxirribonucleico y ARN Acido Ribonucleico), siendo éstos los últimos en identificarse y quienes adquirieron toda su valoración a partir de la década de 1940. Ello a pesar de que el ADN fue aislado por primera vez, durante el invierno de 1869, el médico suizo Friedrich Miescher mientras trabajaba en la Universidad de Tubinga.

⁶⁸ Ibidem, p. 15.

⁶⁹ Ibidem, p. 19.

Para el año 1929, ya se había establecido la existencia de los dos tipos de ácidos nucleicos (ADN y ARN) y que era el ADN el ácido que contenían los cromosomas, los cuales también estaban compuestos de proteínas, aunque se consideraba a éstas como el propio material genético, hipótesis equivocada que asignaba al ADN el papel de mantener unidas a las proteínas en el núcleo.

A pesar de que la identificación del ADN como principio transformante aún tardó varios años en ser universalmente aceptada, el descubrimiento del "factor transformante" en cepas virulentas de Avery, McLeod y McCarter, fue decisivo en el conocimiento de la base molecular de la herencia, y constituye el nacimiento de la genética molecular. Finalmente, el papel exclusivo del ADN en la heredabilidad fue confirmado en 1952 mediante los experimentos de Alfred Hershey y Martha Chase, en los cuales comprobaron que el fago T2 transmitía su información genética en su ADN, pero no en su proteína.

En cuanto a la caracterización química de la molécula, en 1940 Chargaff realizó algunos experimentos que le sirvieron para establecer las proporciones de las bases nitrogenadas en el ADN. Descubrió que las proporciones de purinas eran idénticas a las de pirimidinas, la "equimolecularidad" de las bases ($[A]=[T]$, $[G]=[C]$) y el hecho de que la cantidad de G+C en una determinada molécula de ADN no siempre es igual a la cantidad de A+T y puede variar desde el 36 hasta el 70 por ciento del contenido total.

Con toda esta información y junto con los datos de difracción de rayos X proporcionados por Rosalind Franklin, James Watson y Francis Crick —que creían plenamente que el ADN era la molécula portadora de la herencia;

creyendo que el problema consistía entonces en encontrar una estructura molecular que explicara el mecanismo de la multiplicación de los genes—, propusieron en 1953 el modelo de la doble hélice de ADN para representar la estructura tridimensional del polímero. En una serie de cinco artículos en el mismo número de Nature se publicó la evidencia experimental que apoyaba el modelo de Watson y Crick. De éstos, el artículo de Franklin y Raymond Gosling fue la primera publicación con datos de difracción de rayos X que apoyaba el modelo de Watson y Crick, y en ese mismo número de Nature también aparecía un artículo sobre la estructura del ADN de Maurice Wilkins y sus colaboradores.

En relación al artículo publicado por Watson y Crick en la revista Nature, Guevara Pardo nos deja su impresión en los términos siguientes:

Allí declaran inicialmente que la estructura por ellos propuesta tiene características originales, las cuales son de considerable interés biológico. Sostienen que la molécula de ADN está formada por dos cadenas helicoidales, estructura cuya singularidad radica en *"la manera en que las dos cadenas se sostienen juntas por las bases purinas y pirimidinas"*, lo que supone el apareamiento específico de las bases nitrogenadas. *"En otras palabras, si una adenina forma uno de los miembros de un par, en una cualquiera de las cadenas, entonces el otro miembro debe ser la timina; similarmente sucede con guanina y citosina"*. De la estructura propuesta, los dos autores plantean al final de su corta comunicación que *"el apareamiento específico que hemos postulado sugiere inmediatamente un posible mecanismo de copia del material genético"*.⁷⁰

Watson, Crick y Wilkins recibieron conjuntamente, en 1962, después de la muerte de Rosalind Franklin, el Premio Nobel en Fisiología o Medicina. Sin embargo, el debate continúa sobre quién debería recibir crédito por el descubrimiento.

⁷⁰ Ibidem, p. 36.

En el año 2003, se celebraron 50 años del descubrimiento de la estructura de la molécula del ácido desoxirribonucleico (ADN), el avance científico más importante del pasado siglo XX en el campo de la biología. Cuando Francis Crick y James Watson desenredaron la doble hélice del ADN fueron muchos los fenómenos del mundo vivo que pudieron entenderse, se encontró la explicación que le faltó a Darwin, la ingeniería genética empezó a hacer realidad lo que antes eran sólo ilusiones.

Las consecuencias del hallazgo impregnan totalmente nuestras vidas y la concepción del mundo que tengamos, y ha supuesto una de las mayores revoluciones en la historia del pensamiento humano. En este sentido es importante resaltar que toda la avalancha que desencadenó el conocimiento de la estructura de la molécula del ADN alcanzó su clímax en el año 2000, cuando se decodificó el genoma humano con lo cual se alentaron nuevas esperanzas y se revivieron viejos temores, convirtiéndose la referida estructura en un icono de lo que constituyen las modernas ciencia y tecnología.⁷¹

3.3.2 El proceso científico de la prueba del ADN.

Abordando ya cuestiones más técnicas, relacionadas con el mundo de la Biología, que permitan proporcionar al jurista una panorámica general acerca del ADN, debemos coincidir con el Dr. Carlos A. Ghersi, en el sentido de que "*el ADN es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética*".⁷²

⁷¹ (cfr) Ibidem, p. 10.

⁷² (cfr) GHERSI, Carlos (et al), Prueba de ADN. Genoma Humano, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 33.

Por medio de sofisticados aparatos denominados espectrómetros, se ha comprobado que la **estructura del ADN** se parece a una cinta de dos cordones entrelazados sostenidos por otros elementos centrales que forman una escalera de caracol o doble hélice. Esta macromolécula se compone de tres unidades: un azúcar (la desoxirribosa), fosfatos (el ácido fosfórico) y cuatro bases nitrogenadas o, para mejor ejemplificación, cuatro peldaños de esta escalera en caracol (las purinas y las pirimidinas), y que químicamente se denominan adenina (representada por la letra A), timina (por la letra T), citosina (por la letra C) y guanina (por la letra G).⁷³

Tanto lo anterior, como la importancia de la información que contiene el ácido desoxirribonucleico, lo explica el Dr. Héctor Rangel Villalobos en los términos siguientes:

“La estructura del ácido desoxirribonucleico o ADN es bien conocida: una doble cadena que gira sobre sí que contiene información hereditaria codificada solo por cuatro “letras” o nucleótidos: A, G, C y T (adenina, guanina, citosina y timina, respectivamente). El ADN es importante porque su información es necesaria para el funcionamiento de la célula, ya que contiene las instrucciones para sintetizar proteínas, quienes propiamente llevan a cabo las diferentes funciones celulares, en forma de enzimas, hormonas, receptores, transportadores, moléculas estructurales, de contracción, soporte, inmunológicas, etc.”.⁷⁴

Cabe añadir que denominamos **genoma** a la dotación completa de material genético que recibimos de nuestros padres y que se localiza en el núcleo de prácticamente todas nuestras células, por lo que teóricamente, es posible realizar la prueba de ADN a partir de una sola célula de casi cualquier tejido. Los humanos recibimos una dotación genética doble, vía

⁷³ (cfr) Idem.

⁷⁴ (cfr) RANGEL VILLALOBOS, Héctor, La Prueba de Paternidad con ADN, en Revista “NOTICONAQUIC”, Vol. 49, enero-marzo, 2010, México, p. 40.

paterna y materna, que constituye nuestro genoma y que contiene 6,4000 millones de nucleótidos. De toda la información que constituye el genoma, sólo una pequeña parte sirve o se expresa para formar proteínas (menos del 5%), a los fragmentos del genoma con una secuencia de nucleótidos que sirve para formar una proteína se les denomina **genes**.⁷⁵

Así, la molécula de ADN contiene toda la información genética para ser transmitida exactamente generación tras generación, perpetuando así la especie. Al mismo tiempo, especifica cuál será la secuencia de aminoácidos que forman las proteínas necesarias para la célula y en consecuencia los procesos vitales de los organismos. Toda la información del ADN puede ser copiada de forma muy precisa mediante la separación de sus cadenas, la que es seguida de la síntesis de dos cadenas nuevas.⁷⁶

Ahora bien, la **identificación con ADN** o "**huella genética**", se basa, fundamentalmente, en el estudio de una serie de fragmentos de ADN presentes en todos los individuos, que tienen la característica de ser altamente variables o polimórficos entre sí.

La diversidad genética es una cualidad común a todas las especies. Cada ser vivo tiene una apariencia física que responde a una **única composición hereditaria o genética**. La excepción a esta regla la constituyen los gemelos univitelinos, que tienen idéntico patrón de ADN, es decir, idéntica información genética. Esta única identidad genética puede ser visualizada como un conjunto de señas a través de técnicas de Biología Molecular para el análisis de este compuesto químico que almacena en forma codificada la información genética de un ser humano (ADN), el cual es idéntico tanto si es extraído de sangre, bulbo o semen. Además, es estable

⁷⁵ (cfr) *Ibidem*, p. 41.

⁷⁶ (cfr) GHERSI, *Op Cit*, p. 34.

en la línea germinal, por lo que las señas correspondientes al individuo pueden ser identificadas como pertenecientes a uno u otro progenitor.⁷⁷

Marcadores moleculares. La prueba de ADN se realiza analizando secuencias del genoma muy variables, es decir, que entre los individuos de una población puede tener diferentes formas alternas denominadas alelos⁸. Estas secuencias permiten diferenciar a un individuo de otro y, al heredarse de padres a hijos, también permiten establecer relaciones biológicas de parentesco, por lo que se les conoce como marcadores genéticos o marcadores moleculares⁹ (por estar en la molécula del ADN).⁷⁸

3.3.3 Procedimiento de impresión del ADN.

Nos explica el Dr. Rangel Villalobos que la forma de obtener un perfil de ADN se basa en generar millones de copias o amplificar las secuencias del genoma que permiten diferenciar individuos, en este caso los **marcadores STRs** (*short tandem repeats*) Tal técnica permite replicar al ADN in vitro, y se conoce ampliamente por sus siglas en inglés como **PCR** (*polymerase chain reaction*). La PCR se realiza por ciclos de temperatura en los que básicamente suceden los siguientes tres pasos en cada ciclo: **1) desnaturalización**, por calor se abren las cadenas de ADN; **2) alineamiento** de secuencias cortas conocidas como *primers*, que delimitan las regiones que se van a replicar, y **3) extensión**, formándose cadenas nuevas de ADN por acción de la Taq polimerasa.⁷⁹

Es importante mencionar que los alelos STRs se diferencian por el número de veces que se repite una secuencia, por lo que el tamaño o longitud

⁷⁷ (cfr) Idem.

⁷⁸ (cfr) RANGEL VILLALOBOS, Op Cit, p. 41.

⁷⁹ (cfr) Ibidem, pp. 41-42.

será diferente. Para ver estas diferencias, se emplea la **electroforesis**, técnica para separar moléculas en una superficie de soporte (gel) por acción de un campo eléctrico en base a la carga y tamaño de la molécula, llevándose a cabo a través de dos formas: por geles verticales de poliacrilamida o por electroforesis capilar. Luego de dicho proceso, para observar el ADN amplificado (STRs) y sometido a electroforesis es necesario teñirlo; existiendo métodos tradicionales como la tinción con nitrato de plata de los geles o más sofisticados como la detección de fluorescencia añadida con sistemas automatizados de electroforesis capilar.

Una vez que han sido analizados varios STRs simultáneamente para obtener un perfil de ADN a partir de la amplificación de los marcadores, utilizándose para ello kits comerciales. Los productos amplificados se someten a **electroforesis capilar**, proceso efectuado en un tubo del tamaño de un capilar relleno de un polímero, donde bajo el mismo principio de separación por la carga y tamaño de la molécula, los amplificados se van separando al aplicar corriente eléctrica. Así se separan los STRs hasta llegar a una ventana donde pasa un rayo laser que excita a los fluorocromos, que a su vez emiten **fluorescencia** detectada en una cámara CCD, la que convierte esa luz en impulsos electrónicos que, con ayuda de un software, se representan gráficamente en un **electroferograma**. Es importante que con independencia del análisis del electroferograma se corra simultáneamente en la EC una escalera alélica (*ladder*) con todos los alelos de los STRs, lo que, por comparación directa, facilita enormemente la asignación correcta de los alelos, genotipos y finalmente, perfil de ADN del individuo. Todo ese proceso dura aproximadamente 30 minutos por muestra.⁸⁰

⁸⁰ (cfr) *Ibidem*, , pp. 42-43.

Interpretación de resultados. Una vez realizada la electroforesis capilar se observa el perfil de ADN de un individuo en un electroferograma, donde los picos de acuerdo a su color y posición indican los alelos (genotipo) que tiene la persona para cada STR. Si un individuo presenta uno o dos picos (alelos), indica que su genotipo es homocigoto o heterocigoto, respectivamente para el STR en cuestión.

Después de obtener los perfiles e una prueba de ADN para determinar la paternidad entre un supuesto padre y un hijo en disputa, existen dos resultados posibles al comparar sus perfiles: **1)** Que para al menos dos marcadores no exista ninguna coincidencia entre los alelos / genotipos del supuesto padre e hijo, lo que se denomina **exclusión** y se descarta de inmediato la paternidad biológica; y **2)** Que sí coincida el padre con el hijo en al menos un alelo en todos los marcadores analizados, lo que se puede interpretar como que el supuesto padre es el padre biológico del hijo en disputa; si bien antes de realizar una valoración bioestadística del caso, debe formularse la siguiente pregunta: "*¿qué tan probable sería que el perfil de ADN de cualquier persona, que NO sea el padre biológico, hubiera coincidido por azar o casualidad con el perfil de ADN del hijo en disputa?*".⁸¹ Para realizar dicha valoración es necesario saber la frecuencia en la población de los alelos que concuerdan entre el supuesto padre e hijo, lo que se constata con estudios y estadísticas poblacionales serios.⁸²

Existen otras situaciones de paternidad más complejas donde cambia la interpretación matemática o bioestadística, como **1)** establecer una paternidad cuando se duda de ambos padres, por ejemplo, cuando se piensa que se les cambió al bebé en el hospital o se quiere emparentar restos cadavéricos con una pareja de supuestos padres, **2)** cuando no está

⁸¹ Ibidem, pp. 43-44.

⁸² (cfr) Ibidem, p. 44.

el padre y se quiere saber si dos individuos son hermanos, y **3)** cuando no está el padre pero se cuenta con los abuelos paternos, etc. La interpretación bioestadística en cada caso tiene que analizarse por separado para llegar a una conclusión científicamente correcta.⁸³

Continúa señalando el destacado genetista Rangel Villalobos que en los últimos años, el desarrollo de las técnicas de biología molecular ha facilitado enormemente la tarea de identificación genética, gracias a sistemas genéticos estandarizados (STRs) que pueden compararse entre laboratorios, por lo que, a pesar del desarrollo de nuevas tecnologías para analizar marcadores genéticos de un nucleótido (SNPs), ve muy difícil que desplacen a los STRs de las cuales se han generado bases de datos gigantescas en diferentes países principalmente como auxiliares en la investigación criminal, por ejemplo, comparando el perfil de ADN de una escena de un crimen con una base de datos que facilita la labor de buscar sospechosos.⁸⁴

Como **corolario**, señala que en paternidad, aunque el resultado de la prueba sí se relaciona directamente con la resolución que dará finalmente el juez, debe considerarse la posibilidad de situaciones especiales como que el supuesto padre haya recibido un trasplante (lo que cambiaría su perfil de ADN), o que el padre biológico estuviera relacionado con el supuesto padre, lo que incrementaría la posibilidad de coincidencia. Concluye que las **pruebas de ADN** actualmente "*son técnicamente confiables y relativamente fáciles de realizar, siendo ahora el mayor reto que el público y el personal de laboratorio y de justicia la entienda correctamente*".⁸⁵

⁸³ (cfr) Ibidem, p. 46.

⁸⁴ (cfr) Ibidem, p. 48.

⁸⁵ Idem.

3.3.4 Aplicación de la prueba. Requerimientos

La aplicación de la prueba de ADN debe seguir el proceso científico detallado en el subinciso precedente, lo que evidentemente le otorgará fiabilidad tanto científica y, como veremos con posterioridad en la parte final de este capítulo, jurídica. No obstante, para que ello ocurra, resulta menester que se satisfagan una serie de requisitos o condiciones que a continuación se detallan.

Como primer condición, señala el Dr. Rangel Villalobos, la importancia de la capacitación de personal de laboratorios y los involucrados en la impartición y administración de justicia.⁸⁶ En este sentido, es importante señalar que en el caso de la prueba de ADN que se practique en el Estado de México, no cualquier persona puede llevar a cabo la probanza de referencia, sino que se requiere que se trate de un experto o profesional en la materia, que satisfaga los requisitos a que hacen alusión los artículos 1.304 y 1.305 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, a saber, que tengan los conocimientos científicos y tecnológicos, así como experiencia práctica en el ejercicio de su profesión, con la finalidad de prestar auxilio al juzgador. Por tanto, deben tener título en la ciencia correspondiente –que en el caso lo sería en Biología, Medicina, Genética o análogas, teniendo en todo caso que acreditar su experticia en la última de las disciplinas mencionadas–, satisfaciendo así la Ley General de Educación, tal y como lo prescribe también el artículo 172 fracción II de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado.

En segunda instancia, tal y como ya se mencionó con anterioridad, aunque las herramientas de la genética molecular son cada vez más

⁸⁶ (cfr) *Idem*.

complejas y numerosas, dado que la prueba versa sobre el ácido desoxirribonucleico, deberá obtenerse una muestra consistente en tejido que contenga células en cantidad suficiente, para la obtención del ADN de la persona de que se trate, tal y como lo señalan atinadamente Chieri Primarosa y Eduardo Zannoni:

“El ADN puede obtenerse de cualquier célula: sangre, piel, pelo, semen, huesos, etcétera. Las técnicas para su aislamiento son bastante semejantes a las empleadas para cualquier tipo de célula o muestra que se quiera investigar”.⁸⁷

Los procedimientos comúnmente utilizados rompen las células por diferentes métodos y mediante la incubación con una proteinasa, donde se produce la digestión de las proteínas unidas al ADN, se separan el ADN y el ARN del resto de los elementos celulares con una extracción fenólica. Cabe añadir que el tejido que más comúnmente se utiliza por los laboratorios para este tipo de pruebas lo es la sangre así como el hisopado de la mucosa bucal, debiéndose, en todo caso, de tenerse la certeza respecto de la procedencia de dicho tejido, para efectos de la fiabilidad de la prueba.

Finalmente, en relación a la cantidad de tejido idónea para la práctica de la prueba, ésta deberá ser suficiente. Héctor Rangel Villanueva refiere que *“se ha sugerido por parte del FBI, entre otros organismos, el uso de 13 STRs para identificación genética humana que constituyen el CODIS, los cuales son suficientes para resolver la mayoría de casos de paternidad”*.⁸⁸ Sin embargo, dicho autor reflexiona que en realidad el número de marcadores depende del caso, pudiendo ser menor o mayor a 13

⁸⁷ CHERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo, Prueba del ADN, Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 26.

⁸⁸ RANGEL VILLALOBOS, Op Cit, p. 46.

marcadores; en realidad lo fundamental es llegar a una solución suficientemente confiable.⁸⁹

3.3.5 La prueba molecular del ADN y su práctica para la identificación de individuos.

En principio, resulta importante considerar el hecho de que apenas en 1985, Alec Jeffreys implementó el uso del material genético (SDN) para identificación humana, obteniendo un patrón de bandas parecido a un código de barras al que denominó huella digital del ADN (DNA fingerprinting). Obviamente, a dicha prueba se le conoce actualmente como perfil de ADN. Se ha demostrado, como lo señalamos en el subinciso precedente, que este perfil de ADN es prácticamente único e irrepetible, a excepción de los gemelos monocigotos, lo que permite diferenciar a cualquier persona de otra y establecer sus relaciones biológicas de parentesco.

Las aplicaciones de la prueba de ADN son diversas, pero destacan dos, a saber: las pruebas de paternidad y los análisis forenses; este último en casos criminales para establecer la relación de un sospechoso con la evidencia dejada en la escena de un crimen (verbigracia, mancha de sangre o semen), para incriminarlo, o en su caso, exonerarlo. Otras aplicaciones menos comunes son para establecer relaciones familiares de restos cadavéricos en casos de desastres o personas desaparecidas, en investigaciones históricas, o en antropología al analizar poblaciones humanas para estudiar su estudio y evolución.⁹⁰

⁸⁹ (cfr) Idem.

⁹⁰ (cfr) Ibidem, p. 40.

En este sentido, coincidimos con el Dr. Rangel Villalobos, quien señala que *"la facilidad para obtener perfiles genéticos ha revolucionado la identificación humana para [...] determinar relaciones biológicas de parentesco, comúnmente paternidad"*.⁹¹ Efectivamente, la filiación es uno de los campos donde la huella genética ha influido más intensamente. Según apunta Carlos Gherzi, en términos generales la prueba del ADN permite afirmar la existencia de paternidad o maternidad con una certeza del 99.99%, por lo que incluso el juicio de filiación es actualmente de corte netamente pericial.⁹² Precisamente por ello, en la actualidad, la prueba genética se ha convertido en un instrumento de singular importancia en la investigación de la paternidad, a grado tal, que ha llegado a ser considerada, tanto por la Doctrina, como por la Jurisprudencia –y en muchos casos también por la Legislación–, como la prueba idónea para determinar la paternidad, tal y como se analizará con amplitud en el capítulo subsiguiente.

En el caso concreto de la identificación de individuos mediante el estudio del ADN, ésta se basa en el hecho de que su cadena está compuesta por los elementos mencionados en subincisos precedentes (adenina, timina, citosina y guanina). La unión de éstos da lugar a largas secuencias con combinaciones variables, y tienen la particularidad adicional de presentar repeticiones del número variable en regiones del genoma. Estas secuencias de bases repetidas del número variable (UNTR) difieren de un ser a otro, pero se identifican en el caso de la filiación. Así, el ADN se da por secuencias de bases que constituyen unidades de repetición, las cuales se caracterizan porque en su zona central existen varias bases de ADN que apenas muestran variaciones entre las diferentes unidades. En los lugares extremos de cada unidad de repetición pueden ocurrir cambios de bases,

⁹¹ *Idem.*

⁹² GHERSI, *Op Cit*, p. 63.

pero entre las diversas unidades de repetición es casi totalmente constante la secuencia de las bases. Esas variaciones se denominan **marcadores**.

Al realizarse una prueba de ADN para determinar las relaciones de filiación, las cadenas de aquél son divididas en secuencias específicas de patrones de herencia, esto es, en marcadores. La mejor manera de establecer la identidad de un individuo a través del ADN es conocer la secuencia en un número lo suficientemente representativo de estos marcadores, como para poder individualizar las variantes específicas presentes en la secuencia, siendo importante en el caso de la determinación de la filiación padre-hijo (varón), es estudiar los marcadores del cromosoma "Y" o masculino.

Como ya se indicó previamente, el ADN de cada ser humano contiene dos copias de los marcadores, una heredada del ADN del padre y otra del de la madre. Así, aunque los hijos heredan de los padres la mitad del ADN de cada uno de éstos, el ADN de aquéllos es diferente. En otras palabras, los marcadores del ADN de cada persona difieren, ya sea en lo largo o en la secuencia y la razón para que exista esa diferencia es precisamente la diferencia de los marcadores heredados de los padres.

Consecuentemente, los marcadores del ADN de cada persona se diferencian, pero conservan diversos patrones repetitivos heredados de cada uno de los progenitores (huellas del ADN). La combinación del tamaño de los marcadores encontrados en cada persona da como resultado su perfil genético. De la comparación del perfil genético del hijo con el del padre o madre pueden determinarse las relaciones de parentesco consanguíneo, pues los perfiles son comparados para ver si el perfil del niño tiene marcadores que son coincidentes con el padre y la madre que se someten a prueba y esa comparación de secuencias de

ADN de un individuo respecto de otra de alguien diverso puede demostrar si una de ellas fue o no derivada de la otra.

El informe de prueba de paternidad determina los perfiles genéticos de la persona que participa en la prueba y el tamaño de los diferentes marcadores sometidos a prueba, es decir, establece una huella genética que contiene únicamente las informaciones sobre las secuencias de los marcadores; también se determina el llamado "índice de paternidad", que consiste en una medida estadística de qué tan fuertemente una coincidencia entre los marcadores del presunto padre y del presunto hijo indica paternidad: si los marcadores de ADN que se comparan no coinciden, entonces el presunto padre es excluido en un cien por ciento de la posibilidad de ser el ascendiente, pero si coinciden, se puede calcular una probabilidad que alcanza más del 99.99% de certeza.

Por ese grado de certeza, una prueba de ADN bien realizada es considerada como el método más preciso, confiable y contundente para establecer relaciones de paternidad-filiación, porque está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo.

Tal y como lo ha determinado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es importante mencionar que en este tipo de pruebas únicamente se analiza la huella genética y no la totalidad de la información que podría desprenderse del ADN del sujeto a prueba. En efecto, a través del mapa genético puede obtenerse información de diversa índole, pero en el análisis de paternidad por ADN únicamente se obtiene la llamada huella genética, la cual no incluye toda la información incorporada al mapa genético, sino sólo la correspondiente a determinados segmentos de ADN,

los cuales se toman en cuenta exclusivamente en lo relativo a la longitud de su secuencia repetitiva y a la frecuencia de la misma.⁹³

3.4 Valoración de la prueba

De acuerdo con el procesalista colombiano Peña Ayazo, la valoración de las pruebas corresponde al juicio de aceptabilidad de los resultados derivados de los medios de prueba. Es decir, consiste en la contrastación de los enunciados fácticos planteados en el proceso, con respecto a lo aportado por los medios de prueba; reconociendo a dichos medios de prueba un peso en la convicción del juzgador sobre los hechos relativos al caso que se juzga.⁹⁴

De acuerdo a lo anterior, valorar implica “contrastar enunciados fácticos, para estimar su correspondencia con los hechos que describen; lo cual implica dar cuenta de las razones por las cuáles se considera que una alternativa es preferible a otra”.⁹⁵ Su importancia es primordial atendiendo al hecho de que constituye el eje central alrededor del cual gira el conjunto de actividades probatorias y buena parte de las garantías procesales. Por ende, la estimación de los elementos de juicio aportados es la plataforma sobre la cual se erige la aplicación de los criterios decisionales.⁹⁶

⁹³ Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 154/2005-PS, con el rubro “MEDIDAS DE APREMIO. SU APLICACIÓN ES CONSTITUCIONAL EN LOS JUICIOS DE PATERNIDAD CUANDO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN) (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO)” y datos de localización: Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXV, Marzo de 2007. Pág. 150. Tesis de Jurisprudencia. en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

⁹⁴ (cfr) PEÑA AYAZO, Jairo Iván, Prueba Judicial. Análisis y Valoración, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Colombia, 2008, p. 43.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ (cfr) Idem.

Ahora bien, para la apreciación de la prueba, han aparecido varios sistemas, con diversos matices, distinguiéndose básicamente dos: la tasada o legal y la de libre apreciación, que a continuación procedemos a explicar en términos muy generales. En primer término, en el sistema de la **prueba tasada o legal**, el legislador atribuye a cada medio de prueba un valor determinado: el juez no tiene sino que aplicar aquello que la ley le dice para cada caso.⁹⁷

Sobre la base de antiguas reglas, aún subsisten restos de este tipo de apreciación, muestra de desconfianza en el juez (a veces, históricamente justificada), o en lo intrínseco, humano, de cada medio de prueba, vinculado también con factores de tipo religioso que actualmente son poco relevantes. Cabe mencionar que en materia civil, en muchas legislaciones aún queda un resto formidable de “prueba legal”, si bien la legislación procesal civil del Estado de México, no sigue dicho sistema, sino única y excepcionalmente para el caso de los documentos públicos, que en términos del artículo 1.359 del Código de Procedimientos Civiles estatal, siempre harán prueba plena.

En cambio en el sistema de **pruebas libres o libre convicción**, no hay reglas que sujeten al juez ni le impongan conceder determinado valor a cualquier medio de prueba (o a alguno). Sin embargo, Fairén Guillén aclara que en todos los ordenamientos procesales modernos, la libre valoración de la prueba no significa tan sólo exclusión de eficacia de las pruebas en sí, determinada en vía preventiva por el legislador, sino también valoración racional, realizada a base de criterios objetivos verificables, que por tanto, no quedan librados a la arbitrariedad del juzgador.⁹⁸

⁹⁷ (cfr) FAIRÉN GUILLÉN, Op Cit, p. 453.

⁹⁸ (cfr) Ibidem, p. 458.

Consecuentemente, es factible considerar, tal y como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que las pruebas de libre convicción son las que se fundan en la sana crítica, y que constituyen las reglas del correcto entendimiento humano. En éstas interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del Juez, que contribuyen a que pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.⁹⁹

Como se expresó con anterioridad, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, en su artículo 1.359, al determinar que “el Juez goza de libertad para valorar las pruebas, con excepción de los documentos públicos que siempre harán prueba plena. Lo hará tanto en lo individual como en su conjunto, atendiendo las reglas de la lógica y la experiencia. Explicará detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión”, claramente se ha orientado hacia el sistema de la libre valoración de la prueba, excepción hecha de la prueba documental pública.

Empero, en lo concerniente a la prueba pericial, es dable concluir que sigue el sistema de libre valoración, siguiendo con ello los criterios predominantes en la doctrina y la legislación procesales contemporáneas que se han orientado por la libre apreciación del dictamen pericial. En este sentido, Ovalle Favela, retomando a Denti refiere que “los ordenamientos procesales contemporáneos repudian el valor vinculante de la peritación para el juez y reconocen a éste, si bien con la variedad de significados que

⁹⁹ Tesis con el rubro “PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS.” y datos de localización: Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XX, Julio de 2004. Pág. 1490. Tesis de Jurisprudencia., en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

el criterio asume en los diversos sistemas jurídicos, la libertad de valoración de la obra del perito".¹⁰⁰

No obstante lo anterior, debe aclararse que la libertad del juzgador, a que hace referencia el artículo 1.359 del ordenamiento legal precitado, para valorar la prueba pericial, no implica un arbitrio o una facultad discrecional ilimitada por parte del juzgador, puesto que el mismo dispositivo legal lo conmina a llevar a cabo dicha valoración en base a las reglas de la lógica y la experiencia, debiendo explicar detalladamente los fundamentos de su valoración y su decisión.

En consecuencia, en materia civil, el valor probatorio del peritaje depende de si está **debidamente fundado**, entendiendo por ello, que el dictamen pericial tenga claridad en las conclusiones, firmeza o ausencia de vacilaciones; así como lógica relación entre conclusiones y los fundamentos que la respaldan; todo lo cual le dará o no eficacia probatoria. La Suprema Corte de Justicia ha establecido también que el juzgador deberá vigilar que las conclusiones de los peritos no contraríen normas generales de la experiencia, hechos notorios, una presunción de derecho, una cosa juzgada o reglas elementales de lógica, o en general que sus conclusiones sean evidentemente exageradas o inverosímiles, pudiendo ser desvirtuadas por otros medios de prueba; en cuyo caso podría también rechazar dicho dictamen. Finalmente, aún cuando el dictamen tenga apariencia de claridad, firmeza y lógica, si sostiene hechos improbables de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, no podrá otorgársele la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su

¹⁰⁰ OVALLE FAVELA, Op Cit, p. 165.

decisión, aunque evidentemente, si existen en el proceso otros medios de prueba que lo corroboren, en conjunto podrán darle esa certeza.¹⁰¹

Añadiríamos al criterio jurisprudencial antes señalado que a nuestro parecer, con independencia del resultado del dictamen pericial, el juzgador no podrá otorgarle eficacia probatoria en aquellos casos en que no se hayan satisfecho alguno de las condiciones técnicas requeridas para la aplicación de la prueba pericial, como por ejemplo, la que hicimos referencia en el subinciso 3.3.3, relativas a la Prueba del ADN, o bien cuando no existe certeza respecto de la identidad de las muestras tomadas como base de dicho estudio, todo lo cual requiere, evidentemente de la libre apreciación y discernimiento del juez en los términos ya apuntados. Para el caso en que el dictamen pericial hubiere satisfecho las condiciones y requerimientos mencionados, el órgano jurisdiccional queda obligado a otorgarle la eficacia probatoria respectiva, cuestión de suma importancia, en tratándose de pruebas basadas en el conocimiento científico como la Prueba del ADN, que ha sido calificada como el medio idóneo para la determinación de la filiación, tal y como se abordará en el capítulo subsecuente.

Concluiremos el presente capítulo, recordando el criterio jurisprudencial esgrimido por la Suprema Corte, en el sentido de que para que un órgano jurisdiccional pueda apoyarse válidamente en una opinión de algún experto en una rama de la ciencia, es necesario que esa opinión tenga las siguientes características:

¹⁰¹ (cfr) Tesis con el rubro “PRUEBA PERICIAL, VALORACIÓN DE LA. SISTEMAS.”, en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

1. Que la evidencia científica sea **relevante** para el caso concreto en estudio, es decir, que a través de la misma pueda efectivamente conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, y
2. Que la evidencia científica sea **fidedigna**, esto es, que se haya arribado a ella a través del método científico, para lo cual se requiere, generalmente, que la teoría o técnica científica de que se trate:
 - a. Haya sido sujeta a pruebas empíricas, o sea, que la misma haya sido sujeta a pruebas de refutabilidad;
 - b. Haya sido sujeta a la opinión, revisión y aceptación de la comunidad científica;
 - c. Se conozca su margen de error potencial; y
 - d. Existan estándares que controlen su aplicación.¹⁰²

Los criterios antes mencionados resultan sumamente importantes a efecto de considerar la eficacia que el juzgador le otorgará a la prueba pericial. En el caso de las pruebas del ADN, la jurisprudencia nacional ha determinado que satisface los lineamientos anteriores, tal y como se ahondara con mayor amplitud en el siguiente capítulo al estudiar la idoneidad de tal probanza para investigar la maternidad y la paternidad.

¹⁰² (cfr) Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 154/2005-PS, en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

CAPÍTULO CUARTO

LA DEMOSTRACIÓN DE LA FILIACIÓN ANTE LA NEGATIVA DE PRACTICARSE LA PRUEBA DEL ADN

Habiendo revisado en los anteriores capítulos tanto los conceptos generales y marco jurídico de la filiación, maternidad y paternidad, así como lo relativo a la Prueba Pericial en materia de ADN, en el presente capítulo nos ocuparemos del análisis de la referida prueba como el medio idóneo para la investigación de la maternidad y la paternidad; analizando también la importancia del derecho a la identidad, certeza jurídica y familia y las causas por las cuáles se considera que debe presumirse la paternidad y maternidad en caso de que el supuesto progenitor se niegue a someterse a la prueba en comento. Con ello estaremos en aptitud de sugerir la propuesta de reforma respectiva a nuestra legislación civil en caso de que así proceda.

4.1 La prueba del ADN como el medio idóneo para la investigación de la maternidad y la paternidad

Tal y como quedó precisado en el capítulo precedente, los avances científicos y tecnológicos de las últimas décadas del Siglo XX, especialmente los relativos a la identificación del mapa genético del ser humano, han modificado el abordaje de muchos de los problemas que surgen en las relaciones de parentesco y filiación de las personas. Los conocimientos en materia genética han impactado no sólo a la comunidad científica sino al ciudadano común en un ámbito, el jurídico, que había permanecido inalterable a través de la historia. Así, de acuerdo con la Maestra Rosa María Álvarez de Lara, "*los grandes temas que surgen*

*a raíz de los avances científicos en esta primera década del siglo XXI son los relativos a los derechos a la identidad y a la intimidad como resultado de los nuevos conocimientos en genética y tecnología humana".*¹⁰³

La acreditación de la filiación, que es esencialmente un hecho biológico, hasta hace relativamente pocos años era un asunto por demás complejo por su indeterminación. La noción de padre siempre estuvo acompañada de la incertidumbre: *pater unquam certus*,¹⁰⁴ y su acreditación jurídica si no era por reconocimiento expreso del progenitor, la cual no requería prueba, se derivaba de una presunción legal; así, la verdad jurídica de la paternidad podía en ocasiones estar en conflicto con la realidad natural y prevalecer sobre ésta. Álvarez de Lara arguye que en cambio, "*no existe nada más cierto, confiable y previsible que la maternidad: **mater Semper certa est***".¹⁰⁵

A partir de los nuevos avances científicos y gracias al conocimiento del código genético humano, resulta rigurosamente comprobable la filiación, con un margen de error mínimo, así la paternidad se volvió un hecho comprobable sin posibilidad de error. A decir de Álvarez de Lara, por lo que hace a la filiación materna, tradicionalmente cierta, encara una problemática particular, derivada de las diversas modalidades de fecundación artificial que generan una serie de posibilidades en cuanto a la determinación de los lazos maternos, en la mayoría de los casos pletórica de problemas y que el derecho y la práctica judicial tendrían que

¹⁰³ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, "Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ejecutoria dictada con motivo del Amparo en Revisión Número 1166/2005" en FERRER BELTRÁN, Jordi [et-al] Estudios sobre la Prueba, UNAM, México, 2006, p. 62.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem.

resolver, como en su momento se resolvió la relativa a la filiación paterna.¹⁰⁶

Desafortunadamente la autora antes mencionada no explica la clase de problemas generados de las diversas modalidades de fecundación artificial en lo que atañe a la filiación materna, por lo cual resulta complicado abundar más al respecto; sin embargo, de lo que estamos ciertos es de que la prueba pericial del ADN resulta el medio idóneo para acreditar no sólo la paternidad sino también la maternidad, puesto que como se refirió en el capítulo tercero de la presente investigación, actualmente es posible obtener los códigos genéticos de ambos progenitores y con ello la referida probanza constituye un medio de identificación útil tanto para el padre como la madre.

Retomando la discusión, la filiación paterna emanada del matrimonio y del concubinato, derivada de una presunción *juris tantum*, podía o no corresponder a la realidad, pero el sistema jurídico afirmó la independencia del hecho biológico de la procreación, anteponiendo una identificación del sujeto al cual se le imputan los deberes de mantenimiento, educación, instrucción y cuidado del menor, considerando siempre como valor preponderante el interés del menor de edad, el que debería orientar las posibles opciones aún por encima de los derechos derivados de la maternidad o la paternidad.¹⁰⁷

Como se indicó, en la actualidad, y gracias a los adelantos científicos que han permitido la realización de la prueba biológica para establecer el nexo familiar, se ha dado pie a la consolidación de uno de los derechos humanos de tercera generación que se le atribuyen a la persona: el

¹⁰⁶ (cfr) *Ibidem*, p. 63.

¹⁰⁷ (cfr) *Idem*.

derecho a la identidad personal, al cual se integran una serie de elementos, que traducidos en atributos y características, permiten que un ser humano sea único en su compleja y múltiple diversidad y que comprende el derecho de la persona a conocer tanto su origen biológico, y en ese sentido su derecho a una identidad cierta y reconocida jurídicamente; tal y como se estudiará en el inciso subsiguiente. Lo que hasta este punto es dable afirmar es que desde la perspectiva del derecho a la identidad, la determinación del nexo familiar mediante la aplicación de una prueba de ADN resulta ser el instrumento idóneo para determinar la identidad genética que le permitirá a los individuos confirmar su vínculo filial con cualquiera de sus progenitores, para derivar de él un complejo sistema de derecho y obligaciones que no sólo involucra a los padres y a los hijos sino a todo el grupo familiar en su conjunto.¹⁰⁸

Por su parte Michel Taruffo considera que una situación en la que en la actualidad se recurre comúnmente a pruebas científicas es aquella en la que se trata de comprobar la identidad de un sujeto, como sucede en los casos de atribución de paternidad. Dicha autora refiere que la prueba de ADN presenta muchas ventajas en términos de validez y certeza frente a los tradicionales exámenes hematológicos.¹⁰⁹

La prueba del ADN ha sido considerada en ocasiones como modelo ideal de prueba científica, dado que su resultado normalmente se enuncia con un altísimo grado de probabilidad: aunque Taruffo señala que es superior al 95%,¹¹⁰ como se revisó en el tercer capítulo la probabilidad es superior al 99%, como lo han señalado atinadamente algunos autores tales como los

¹⁰⁸ (cfr) *Ibidem*, p. 64-65.

¹⁰⁹ (cfr) TARUFFO, Michele, “*La Prueba Científica en el Proceso Civil*” en FERRER BELTRÁN, Op Cit, p. 153.

¹¹⁰ (cfr) *Ibidem*, p. 154.

juristas argentinos Primarosa Chieri y Eduardo A. Zannoni,¹¹¹ lo que se puede considerar como sustancialmente equivalente a la certeza práctica de la identificación, o de la no identificación del sujeto en cuestión. Es decir, la prueba no le proporciona al juez elementos para la valoración científica del hecho, sino la prueba directa del hecho constituido por la identidad del sujeto. Tan es así que se ha llegado a afirmar que "*en la actualidad las pruebas de [...] tipificación del ADN permiten afirmar la existencia de paternidad o maternidad con un elevado monto de certeza, tanto que el juicio de filiación es hoy de neto corte pericial...*".¹¹²

No obstante lo anterior, hay que tomar en consideración que la fiabilidad de su resultado depende de una serie de factores tales como la corrección del análisis, la aplicación de métodos experimentales adecuados y la consideración de la población de referencia, factores que en el caso concreto pueden no estar presentes y, por tanto, deben verificarse para establecer si el resultado del test puede considerarse altamente probable. Cabe aclarar que si se presentan tales condiciones de validez, no existen razones para dudar del altísimo y casi incuestionable grado de credibilidad de la prueba del ADN. A decir de Taruffo, dicha prueba sería *per se* capaz de determinar unívocamente la decisión del juez.¹¹³

En general en lo que se refiere a los criterios jurisprudenciales sostenidos por nuestros Tribunales Federales, éstos se han mostrado proclives a considerar la prueba pericial en genética como el medio probatorio idóneo para acreditar la filiación, tal y como se constata en la siguiente tesis:

¹¹¹ (cfr) CHIERI y ZANNONI, Op Cit, p. 191.

¹¹² CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo, Prueba del ADN, Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 26.

¹¹³ Idem.

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 de 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 una 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. II.2o.C.99 C. 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. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo VIII, Julio de 1998. Pág. 381.

En el mismo sentido se han pronunciado nuestros tribunales federales en otras diversas tesis, tales como la que lleva el rubro **"PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. AUNQUE SU ADMISIÓN Y DESAHOGO SON IMPUGNABLES MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, NO SIGNIFICA QUE SEA INDEBIDA SU ADMISIÓN EN CUALQUIER CASO"**. Inclusive, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 81/2002-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero, ambos del Vigésimo Tercer Circuito, en el Considerando Quinto de la ejecutoria respectiva, señala con toda claridad que *"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 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".*¹¹⁴

De igual manera, en ejecutoria diversa, nuestro máximo tribunal ha sostenido que "*Por ese grado de certeza [más del 99.99%], una prueba de ADN bien realizada es considerada como el método más preciso, confiable y contundente para establecer relaciones de paternidad-filiación, porque está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos (huellas genéticas) del padre o madre y del hijo".*¹¹⁵

El jurista italiano Taruffo critica la tendencia jurisprudencial según la cual el juzgador debería valorar el resultado de la prueba de ADN junto con el resto de las pruebas disponibles. Sin embargo, tal y como resulta demostrable al través de las tesis y criterios antes transcritos, la jurisprudencia mexicana no ha seguido la misma línea que se había seguido en el Derecho italiano en los años 1990s y en consecuencia, no se deja lugar a dudas en el sentido de que dicha probanza es el medio idóneo para acreditar la filiación, con la salvedad hecha en el sentido de que la prueba no se hubiere practicado en las condiciones técnicas necesarias para ello.

¹¹⁴ Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 81/2002-PS, con el rubro "PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN, SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA" y datos de localización: Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVII, Abril de 2003. Pág. 88. Tesis de Jurisprudencia. en Disco Óptico: "*Jurisconsulta, 2010*", Op Cit.

¹¹⁵ (cfr) Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 154/2005-PS, en *Ibidem*.

4.2 Importancia del derecho a la identidad, certeza jurídica y familia

Del conjunto de ordenamientos a que se hizo referencia en el capítulo segundo de la presente investigación, relativo al marco jurídico de la filiación, tales como el artículo 4º Constitucional; la Convención sobre los Derechos del Niño; 3º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 22 incisos a) y c) de la Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes se desprende que el estado civil comporta un atributo propio de la persona, inherente y consustancial al derecho de la personalidad jurídica y al nombre que, en el caso de los menores, reviste el carácter de **derecho fundamental**. Por ello, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica.

Como ya se explicó, la importancia de ese derecho fundamental a la identidad no sólo radica en la posibilidad de conocer el nombre y el origen biológico o ascendencia, sino que, a partir de ese conocimiento, puede derivarse, en primer término, el derecho del menor a tener una nacionalidad y, por otra parte, el derecho del menor, reconocido en el artículo 4º Constitucional, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral.

En este sentido, se ha enfatizado que este derecho a la obtención de los satisfactores básicos para lograr el desarrollo es una extensión del derecho a la vida, puesto que éste implica que las condiciones de vida deben ser lo

suficientemente buenas para que el menor crezca sana y armoniosamente, garantizándose su pleno desarrollo.¹¹⁶

De acuerdo a lo anterior, es dable concluir que no únicamente en base a la Constitución General de la República, sino que en diversas normas de carácter internacional así como de derecho interno –como en el artículo 5.16 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México-, se consagra el principio del **interés superior de la niñez**, y resulta innegable que debe garantizarse el derecho del menor a conocer su filiación, esto es, la identidad de sus ascendientes, toda vez que de esta circunstancia se deriva el derecho del infante a percibir de sus ascendientes la satisfacción de sus necesidades y a obtener así una vida digna que permita su desarrollo.¹¹⁷

Igualmente, de las precitadas normas se desprende que existe responsabilidad del padre que no reconoce a su hijo o hija en el momento de su nacimiento por contravenir el derecho a la identidad, que consiste, de acuerdo con Álvarez de Lara, en que toda persona tiene derecho, a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.¹¹⁸

Con independencia de la importancia que la filiación tiene como derecho fundamental, y que ya ha sido revisado en términos no sólo de lo estudiado en este inciso, sino también en base a los diversos preceptos jurídicos que fueron analizados en el capítulo segundo de esta investigación, es importante señalar que desde un punto de vista estrictamente jurídico, lo

¹¹⁶ (cfr) Idem.

¹¹⁷ (cfr) Idem.

¹¹⁸ (cfr) Álvarez de Lara, Op Cit, p. 72.

realmente trascendente son los derechos o efectos derivados de la filiación, mismos que ya han sido estudiados en el primer capítulo de este trabajo, a saber: derecho a un apellido, alimentos, patria potestad, derechos sucesorios, así como las implicaciones que tiene en materia de relaciones personales y jurídicas, tutela legítima, prohibiciones así como desconocimiento de los efectos. Por ende, resulta de capital importancia el derecho a la identidad, que implica que éstos pueden demandar la paternidad y ofrecer en el procedimiento cualquier medio de prueba que produzca convicción en el juzgador, entre los cuáles se encuentra la prueba pericial en genética de sus supuestos progenitores.

4.3 La negativa al sometimiento de la Prueba Pericial de ADN por parte de los supuestos progenitores

Tal y como se explicó en el capítulo precedente, el desahogo de la prueba pericial de ADN implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio, de donde habrán de tomarse los elementos necesarios para estar en posibilidad de 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, 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.¹¹⁹

Efectivamente, tal y como se indicó previamente 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 muestra de sangre. Este método es, sin lugar a dudas, el que proporciona mayor certeza y certidumbre a lo que se ha definido como la huella genética de cada individuo.

La referida prueba puede llevarse a cabo a partir de tejidos orgánicos como la raíz del pelo, los leucocitos de la sangre, los espermatozoides, 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. No obstante, debe señalarse que la forma más común de efectuar dicho análisis es a partir de la toma de muestras de sangre, dado que el ADN se halla en los glóbulos blancos; si bien puede encontrarse en las células que se pueden tomar de cualquier otro tejido orgánico, la dificultad para llevar a cabo un análisis químico exitoso aumenta.¹²⁰

Ahora bien, establecido que la correspondencia del ADN es absolutamente definitoria para la determinación de la paternidad, debe establecerse que se presentan algunos problemas bioéticos, legales y sociales en torno a la prueba química para determinar la huella genética, dado que la conveniencia e idoneidad de este tipo de exámenes no está

¹¹⁹ (cfr) Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 81/2002-PS, en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

¹²⁰ (cfr) *Ibidem*.

totalmente admitida. Lo anterior en virtud de que las nuevas técnicas de investigación en la ciencia evolucionan mucho más rápidamente que la normatividad jurídica, lo cual llega a generar problemas de tipo médico-legal, puesto que la práctica de dichos exámenes, para lo que se requiere la toma de muestras del demandado, podría traducirse en violación de garantías individuales o derechos fundamentales del gobernado, según lo ha estimado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹²¹

En este sentido, una de las razones de dicha violación, radica en el hecho de que por medio de la prueba 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 intenta obtener la custodia o los derechos de paternidad, o bien, que buscan demostrar que están siendo falsamente acusados de ser padres biológicos del menor. Resulta evidente que existe 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.

En esta tesitura, el jurista argentino Carlos A. Ghersi, en su obra "Prueba de ADN, Genoma Humano" nos proporciona una concepción bastante clara y precisa de lo que constituye el derecho a la intimidad, tal y como se infiere de la cita que a continuación se transcribe.

Construir el espacio para la intimidad es establecer el límite de lo público en toda su extensión formal y material, y esto último tiene que ver con la factibilidad de que la autoridad admita la necesidad

¹²¹ (cfr) *Ibidem*.

de justos intereses individuales de la persona: la felicidad interior y la posibilidad de guardar para sí cuestiones que tienen que ver con su ser (su sexualidad, su pensamiento) y que ello no sea óbice para poder concretar sus objetivos más próximos en el exterior (por ej., educarse, trabajar).¹²²

De acuerdo con el mismo autor, para que la **intimidad** sea protegida por el Derecho, debe reunir algunas características, tales como que se trate de un poder (de ejercicio sobre sí mismo y de límite para la sociedad), que tenga causalidad (entrega de una parte de la libertad en pos de la sociabilidad, pero con dignidad, así como que se trata de una función de inversión-producción de espacio y tiempo (aptitud de vinculación con otro ser). En suma, el derecho de identidad se construye como una categoría de derechos (subespecie de los derechos personalísimos) que representa un modelo de relación.¹²³

Ahora bien, la intimidad se encuentra integrada, entre otros elementos, por el patrimonio genético, y es considerada como un bien fundamental que merece ser tutelado por el derecho, de tal manera que se impida la intromisión de terceros a fin de posibilitar el disfrute del mismo, pues se debe recordar que el Artículo 16 Constitucional protege el derecho a la intimidad al expresar que nadie debe ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.¹²⁴

Al efecto, Bresna Sesma considera que si bien es cierto que a nivel nacional el derecho a la intimidad del patrimonio genético es tutelado por

¹²² GHERSI, Carlos (et al), Op Cit, pp. 19-20.

¹²³ (cfr) Ibidem, p. 20.

¹²⁴ (cfr) BRENA SESMA, Ingrid, “Informe sobre la Legislación en Materia de Derechos de la Personalidad y de la Familia relacionada con el Genoma Humano” en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia [et-al] Reflexiones en torno al Derecho Genómico, UNAM, México, 2002, p. 156.

la Constitución, no lo es por la legislación civil y en consecuencia, ese derecho por no ser absoluto, debe ser armonizado con el derecho del conjunto de todos los demás miembros de la sociedad. Existen valores e intereses públicos que pueden contraponerse al deseo de la persona de mantener sus datos genéticos en un plano de reserva. Ante la presencia de un interés público, acorde con la autora mencionada se justificaría la injerencia del Estado, pero tampoco debe admitirse que sea éste el que de manera absoluta determine los ámbitos de la vida íntima, que deben quedar resguardados o lo que puedan ser invadidos: "*La dificultad reside entonces en determinar los casos en que se justifica la invasión a la intimidad genética de una persona*".¹²⁵

En consecuencia, según ha sido estimado por la jurisprudencia nacional, permitir o no que se practique en una 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 aquel 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.¹²⁶

En este orden de ideas, La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que el hecho de admitir y ordenar el desahogo de la prueba pericial en genética, con las implicaciones que conlleva, dada la especial

¹²⁵ (cfr) Ibidem, p. 157.

¹²⁶ (cfr) Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 81/2002-PS, en Disco Óptico: "*Jurisconsulta, 2010*", Op Cit.

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, por tanto, 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 solo hecho de obtener una sentencia favorable.¹²⁷

Asimismo, 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 las restricciones que debieran imponerse en el desahogo de dicha prueba.

Consecuentemente, coincidimos con el criterio jurisprudencial mencionado con antelación, que básicamente concluye 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

¹²⁷ (cfr) Idem.

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 el solo dictado de una sentencia favorable, de ahí la pertinencia de que ese proveído deba ser sujeto, de inmediato, a un estudio de constitucionalidad.¹²⁸

Habiendo establecido lo anterior, en el sentido de que la orden de realización forzosa de la prueba pericial, a efecto de tomarle muestra al sujeto para el desarrollo de la Prueba Pericial del ADN violentaría la intimidad de su persona y por ende, vulneraría sus Garantías Constitucionales, queda la interrogante de que sucederá entonces en los juicios de reconocimiento de paternidad en los cuáles, jurídicamente no sea factible quebrantar su libertad con el fin de obtener las muestras médicas necesarias, dada la evidente contumacia del demandado,

¹²⁸ (cfr) Idem.

puesto que al parecer, ese derecho a la privacidad o a la intimidad parece entrar en conflicto con el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, por parte del menor, y que constituye un principio de orden público. Precisamente, dirimir tal contradicción será el objeto del inciso subsiguiente, que constituye evidentemente una de las partes medulares del presente trabajo de investigación.

4.4 Razones de la presunción de la paternidad y maternidad en caso de negativa a someterse a la Prueba Pericial de ADN por parte de los supuestos progenitores

Una vez que fue establecido en el inciso precedente que no resulta jurídicamente factible obligar al presunto padre a acudir a realizarse una prueba que tiene un porcentaje altísimo de certeza respecto de la acción del menor, puesto que se conculcarían sus Garantías constitucionales, cabe preguntarse si por dicha razón se dejaría a la merced de la voluntad del presunto progenitor el interés superior del niño para conocer su filiación y todas las consecuencias jurídicas inherentes a dicha figura, puesto que en tal supuesto al ascendiente que en verdad lo fuera, le bastaría únicamente con no someterse a la referida prueba genética para impedir que se le declarara progenitor del menor y, en su caso, asumiera sus obligaciones como padre.

De esta manera, frente a la aparentemente insalvable contradicción entre el derecho a la identidad por parte del menor y el derecho a la intimidad por parte del presunto padre, en el presente apartado se estudiará la solución que los criterios más avanzados en la Doctrina y la Jurisprudencia, así como en otras legislaciones –y parcialmente en la legislación

mexiquense-, proporcionan en torno a dicha cuestión, aportando las razones y argumentos que la sustentan.

Como quedó establecido en el inciso anterior, el derecho a la vida privada ha sido considerado como una manifestación de los derechos de la personalidad. La persona tiene derecho a mantener una parte de su vida reservada del conocimiento de los demás, incluidos sus datos genéticos; a no ser molestada en aquellos aspectos de su vida que desea mantener para sí, o para quien ella decida participar. Se atenta contra la vida privada cuando se conocen y divulgan los datos genéticos que la persona preferiría mantener ocultos. Efectivamente, el hecho de que se obligare a alguna persona a que se le tomaran muestras de alguno de sus tejidos orgánicos, evidentemente constituye un acto de molestia.¹²⁹

Sin embargo, la Constitución garantiza el respeto a la vida privada, pero éste, como todos los demás derechos, no es ilimitado e intangible. Las intromisiones en la vida privada se justifican si con ellas se aseguran los derechos y libertades de los demás y la satisfacción de exigencias del orden público y el bien común. Consecuentemente, y aún cuando la legislación no especifica cuáles serían estas justificaciones, se podría afirmar que in interés preponderante para la sociedad lo sería.

Ahora bien, por una parte, la práctica de la prueba biológica podría afectar al derecho a la intimidad personal, pero, por otro lado, permitiría conocer la verdad respecto de la filiación. Brena Sesma reflexiona que la intromisión a la intimidad se autoriza por un imperativo del interés público como son los derechos del menor a establecer su filiación y las consecuencias jurídicas que ésta conlleva, derecho al nombre, a los

¹²⁹ (cfr) BRENA SESMA, Op Cit, p. 163.

alimentos, a la sucesión legítima, etc. Además del menor, es menester pensar también en los derechos del padre biológico para vincularse con su hijo, de darle su nombre, ocuparse de su educación y desarrollo y de convivir con él. Frente a tales derechos que protegen un interés social y de orden público, son oponibles los estrictamente individuales de proteger la intimidad del supuesto padre o madre. El mismo autor se pregunta ¿cuáles derechos deben prevalecer?¹³⁰

En primer término debe señalarse que los derechos del menor podrían verse seriamente afectados por una falta de filiación o por una filiación no verdadera. Como se repasó en el inciso 4.1, la finalidad de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, primordialmente, de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en lo emocional.¹³¹ Consecuentemente, el derecho a la intimidad personal y familiar no puede devenir en un límite infranqueable a la actividad probatoria y a la investigación judicial de la realidad; no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal porque se impongan limitaciones a los mismos.

Dada la claridad con la que Brena Sesma expone la importancia del derecho a la identidad del menor, a continuación se transcriben las disquisiciones que vierte al respecto:

“El hijo tiene derecho a obtener su verdadera identidad y relacionarse con sus padres biológicos. *Identidad* es el conjunto de elementos que distinguen a una persona de otra, el conjunto de circunstancias que la señalan indubitablemente. Al obtener su verdadera identidad, el hijo tiene derecho a establecer las relaciones parentales no sólo con sus progenitores sino también con el resto del grupo familiar paterno, lo cual implica un *status filii* y un

¹³⁰ (cfr) *Ibidem*, p. 164.

¹³¹ (cfr) *Idem*.

status familiae. Ese niño tiene derecho a beneficiarse de las consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que pudieran derivarse de una relación de parentesco. El menor, así como sus padres, tienen derecho a la obtención y difusión de la verdad biológica".¹³²

Tal es la importancia del derecho a la identidad que algunos autores se han inclinado por justificar la realización de la prueba biológica tendiente a su determinación, a efecto de demostrar que una persona es el padre o la madre de otra, en todos los casos en que la paternidad o maternidad no se han establecido jurídicamente o cuando la establecida es falsa concepción,¹³³ criterio que desde nuestro particular punto de vista no resulta acertado del todo, puesto que, tal y como se analizará más adelante, no es factible obligar al presunto progenitor a proporcionar muestras orgánicas para el desarrollo de la prueba sin que se viole en su perjuicio su derecho a la intimidad y privacidad. Por ello es que, en tales casos, corresponde a la norma jurídica y a la interpretación que de la misma realiza el juzgador, encontrar la solución que concilie los principios en contradicción, sin violentar los derechos fundamentales de ninguna de las partes.

Un punto importante que señala Bresna Sesma es el hecho de que la doctrina jurídica ha ido evolucionando, de una doctrina protectora primordialmente de la familia unida en matrimonio, en muchos casos injusta, a una apreciación más abierta de la filiación que comprende los cambios sociales, culturales y científicos, cuyo objetivo primordial es el descubrimiento de la verdadera paternidad, sobre todo en aquellos casos en que el padre o la madre biológica, no ha reconocido voluntariamente al hijo nacido fuera del matrimonio o desconoce la paternidad o

¹³² Ibidem, pp. 164-165.

¹³³ (cfr) Ibidem, p. 164.

maternidad de quien se ostenta como padre o madre. De esta guisa, *"la injerencia en la vida privada, en la intimidad genética de una persona, se justifica frente al interés social de orden público de que un hijo establezca su filiación y con ella, las consecuencias jurídicas que esa relación implica"*.¹³⁴

La solución que han dado a este problema la Doctrina, la Jurisprudencia así como varias legislaciones nacionales -incluyendo parcialmente la legislación procesal civil del Estado de México-, ha sido prácticamente la misma y en un solo sentido. De hecho, el jurista Carlos A. Ghersi plantea que puede considerarse que actualmente es doctrina judicial virtualmente uniforme que la negativa a someterse a las pruebas biológicas crea una presunción en contra de la posición asumida en juicio por la parte que se niega.¹³⁵

Por su parte, algunas legislaciones estatales, tales como el Código Civil para el Distrito Federal así como el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, ambos del estado de Nuevo León, contienen preceptos legales específicos que establecen la mencionada presunción:

Código Civil para el Distrito Federal

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera 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.

Código Civil para el estado de Nuevo León

Artículo 381 Bis.- La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Para estos efectos, la prueba del ADN, prueba biológica molecular de la caracterización

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ (cfr) Ghersi, Op Cit, p. 95.

del ácido desoxirribonucleico de las células, realizada por instituciones certificadas para este tipo de pruebas por la Secretaría de Salud del Estado, tendrá validez plena. Si se propusiera esta prueba y el presunto progenitor no asistiere a la práctica de la prueba o se negare a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá la filiación, salvo prueba en contrario.

Código de Procedimientos Civiles del estado de Nuevo León

Artículo 190 Bis V.- Si la persona que deba practicarse la prueba, no asistiere a la misma o se negare a proporcionar la muestra necesaria, hará presumir la filiación que se le atribuye en los términos del Código Civil.

Por cuanto se refiere a la legislación civil del Estado de México, mediante reforma legal publicada en la Gaceta Oficial estatal en fecha 19 de Febrero de 2009 se adicionó el Libro Quinto al Código de Procedimientos Civiles del Estado, relativo a las "Controversias sobre el Estado Civil de las personas y del Derecho Familiar", en cuyos artículos 5.38 y 5.39 se establece genéricamente la presunción legal de ser ciertos los hechos que pretenden acreditar las partes al ofrecer los medios de prueba (pudiéndose ser la prueba pericial), cuando se obstaculice o impida su desahogo, y en forma específica, cuando no asistan a que se les practiquen exámenes, pruebas o a tomas de muestras, a pesar de encontrarse apercibidos para ello. A continuación se transcribe, en lo conducente, el contenido de tales preceptos legales:

Plazos para la recepción de pruebas

Artículo 5.38.- En el desahogo de los medios de prueba, se atenderá:

II. ...Si para la elaboración del dictamen, se requiere de la presencia de las partes o terceros, el juez los citará en día y hora determinado en el local del juzgado o en el que se estime pertinente para que se practiquen exámenes, pruebas, se tomen muestras y se efectúen las acciones necesarias acorde a la naturaleza de la pericial de que se trate.

Se apercibirá a las partes que de negarse a los exámenes o ante su inasistencia, se tendrán presuntamente ciertos los hechos que pretenda acreditar la oferente...

Oposición al desahogo de pruebas

Artículo 5.39. Se tendrán por ciertos los hechos que pretendan acreditar las partes al ofrecer los medios de prueba: cuando su contraria impida u obstaculice de cualquier forma su desahogo, no presente a los menores que tenga bajo su custodia y cuando no exhiba algún documento o instrumento de acreditarse que los tiene a su disposición.

De acuerdo con las citadas normas es posible inferir que existe la base legal, al menos en el Código de Procedimientos Civiles para el estado, para que opere la presunción legal de paternidad o maternidad en caso de negarse a someterse a las pruebas biológicas. Sin embargo, como ya se refirió previamente, tal presunción se infiere de una disposición genérica que se refiere a las controversias del orden familiar y del estado civil en su conjunto y no de manera específica a la materia de la filiación, además de que la misma se encuentra contenida únicamente en el Código de Procedimientos Civiles y no en el Código Civil del estado, como ocurre en las legislaciones del Distrito Federal y de Nuevo León.

Por ende, es dable considerar que si bien resulta altamente positivo el establecimiento de una disposición normativa de esa naturaleza en el ordenamiento adjetivo, resulta necesario e imprescindible que se establezca la presunción legal apuntada, referida específica y concretamente para la figura de la filiación en el Código Civil estatal -ordenamiento sustantivo en el cual se encuentra regulada la materia de la filiación-, cuyo Título Quinto del Libro Cuarto se encuentra referido exclusivamente a "Paternidad y Filiación", y cuyo contenido se refiere prácticamente en su totalidad a la **prueba de la filiación** (matrimonial y muy particularmente, extra matrimonial). En consecuencia, la regulación

de la materia en comento resulta incompleta si no se establece una presunción legal que genera filiación en dicho ordenamiento y en dicho apartado; más aún que es de explorado derecho la conveniencia de establecer tal tipo de presunciones legales en el ordenamiento sustantivo de la materia, al referirse precisamente a cuestiones sustantivas, máxime que en la especie, tal presunción constituiría precisamente una de las fuentes generadoras de la relación jurídica paterno-filial.

Con independencia de los preceptos legales adicionados a partir de la reforma legal citado, con anterioridad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Contradicción de Tesis 154/2005-PS, había establecido ya el criterio de que deben aplicarse por analogía las disposiciones concernientes a los principios reguladores de la confesión ficta y del reconocimiento de documentos, en su caso, las cuales se contienen en los artículos 1.287 y 2.44 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, de acuerdo a los cuáles, se tendrá por confesa a la parte citada a absolver posiciones cuando se niegue a declarar o no comparezca a la diligencia sin justa causa, así como a aquella persona que haya sido citada a reconocer un documento y no comparece, debiéndosele tener por reconocido.¹³⁶

Confesión ficta

Artículo 1.287.- Se tendrá por confesa a la parte legalmente citada a absolver posiciones, cuando:

- I. No comparezca sin justa causa;
- II. Se niegue a declarar;
- III. No responda afirmativa o negativamente o manifieste ignorar los hechos;
- IV. En el caso de las dos fracciones anteriores, procederá respecto de las preguntas que le formule el Juez.

¹³⁶ (cfr) Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 154/2005-PS, en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

Citación para reconocimiento

Artículo 2.44.- Promovido el reconocimiento, se citará a la persona a reconocer o no, como expedido por ella, o por su representado, el documento, y como suya, o de su representado, la firma que lo suscribe, apercibido de que si no comparece se tendrá por reconocido. El mismo apercibimiento procederá cuando el documento esté firmado a ruego de la persona que debe reconocerlo.

De acuerdo a lo anterior, las disposiciones legales antes transcritas son aplicables por analogía en el caso en comento, ya que ante la negativa u oposición por parte del demandado para realizarse el estudio genético, se tendrán por ciertos los hechos que se pretendían probar por conducto del medio probatorio aludido, puesto que, según consideró nuestro Tribunal supremo, lo contrario llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor. Ello es así, puesto que ante la negativa del demandado para someterse a dicha prueba y atendiendo al interés superior del niño y a su derecho fundamental de conocer su origen, lo procedente sería apercibir al demandado en el sentido de que en caso de oposición o de que se niegue a realizar el estudio genético correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos que se pretendían acreditar con ese medio de convicción, salvo prueba en contrario, es decir, la conducta omisa del demandado generaría una presunción *juris tantum* respecto de la paternidad del actor, presunción que, por tanto, admitiría prueba en contrario.¹³⁷

De conformidad con el criterio jurisprudencial mencionado, la presunción a que se ha hecho referencia implicaría que el juzgador deberá considerar la prueba en comento como si se tratara de una confesión ficta y como tal, deberá valorarla al momento de dictar la resolución correspondiente.

¹³⁷ (cfr) *Idem*.

Por ello, como sucede con cualquier prueba ficta, esta presunción derivada de la omisión del demandado de realizarse la prueba de ADN debe estar administrada con otros medios de prueba para que éstas, en su conjunto, tengan eficacia para acreditar la paternidad. De otra manera, si no existiera alguna prueba que robusteciera la pericial en comento, o hubiera alguna en contrario, la presunción mencionada no sería suficiente para tener por cierta la relación paterno-filial. Tal cuestión resulta debatible, tal y como se explicará en su oportunidad, en la parte final del presente inciso. De igual manera, se considera que es precisamente por el grado de certeza de la prueba (que alcanza un 99.99% respecto de la paternidad), que se justifica que se genera esa presunción de filiación que servirá como un indicio de que existe la relación de parentesco entre el actor y el demandado, ante la negativa de éste para practicarse la prueba. Consecuentemente, se considera, de acuerdo con el criterio jurisprudencial apuntado que en el caso de la legislación del Estado de México, "*ante la negativa u oposición del presunto padre para practicarse la prueba pericial de ADN, la consecuencia jurídica será que se presumirá la relación paterno-filial, salvo prueba en contrario*",¹³⁸ ello con independencia, como se refirió, de los preceptos adicionados con la reforma legal en comento.

Finalmente, efectuando un ejercicio muy rápido de Derecho comparado, debemos apuntar que tal y como lo apunta el jurista peruano Enrique Varsi Rospigliosi, en el mundo actual, y particularmente en el contexto latinoamericano existe una fuerte y marcada tendencia a simplificar los trámites en la indagación de la paternidad; de hecho los sistemas legales de algunos países tales como Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Chile, Colombia o Perú, presentan una tendencia subjetivista (basamento de la

¹³⁸ Idem.

paternidad en presunciones), merituando la importancia del nexo filial aligerando y tecnificando su investigación. Esta tendencia también se encuentra presente en el sistema legal estadounidense.¹³⁹

Ahora bien, la Doctrina ha considerado que la aplicación de preceptos legales como los ya enunciados, que contemplan la presunción de la paternidad o maternidad en caso de negativa a someterse a la prueba biológica, no hace, sino recoger un axioma que la realidad muestra, pues resulta lógico presumir que quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar.¹⁴⁰

Desde una perspectiva procesal, el jurista argentino Carlos A. Ghersi, la relevante fuerza de convicción que hoy tienen las pruebas biológicas torna razonable atribuir el carácter de indicio grave a la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica en el juicio de filiación; además, cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Ello se adecúa al principio de las **cargas probatorias dinámicas** (prueba que está en mejores condiciones de probar) y otorga valor a la conducta o comportamiento procesal de las partes.

Debe recordarse que las formalidades esenciales del procedimiento plasmadas en los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República —que encuentran su equivalente en el Derecho de cuño

¹³⁹ (cfr) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “*El moderno tratamiento legal de la Filiación extramatrimonial en razón de la Ley 28457 y la acción intimidatoria de paternidad*” en CIENFUEGOS SALGADO, David [et-al] Estudios en homenaje a Marcia Muños de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico, UNAM, México, 2006, pp. 416-429.

¹⁴⁰ (cfr) GHERSI, Op Cit, p. 95.

anglosajón en el principio de debido proceso—, no implica transformar la actuación ante los tribunales en un ámbito en donde no interese la verdad jurídica ni la conducta de los litigantes. Por el contrario, las partes tienen el deber de colaborar lealmente con el juzgador; consecuentemente, de acuerdo con Ghersi, "*nada hay de inconstitucional en sostener que cada litigante no debe limitarse a una escueta negativa de lo afirmado, sino que es también su carga la de allegar las pruebas que desbaraten los asertos de la contraria, dado que del incumplimiento de dicho deber se deducen consecuencias adversas. En otros términos, la negativa asume el carácter de ilegítima*".¹⁴¹

Por ende, en el caso concreto, si se admitiera como válida la negativa, aún cuando ésta sea injustificada, a someterse a la prueba biológica en el juicio de filiación, se hace recaer sobre el hijo las consecuencias negativas, siendo que la conducta es imputable al padre. En consecuencia, el régimen probatorio violentaría así el derecho de defensa. Para Ghersi, en los supuestos en que existen pruebas suficientes, de la paternidad, resulta evidente que la probanza biológica ofrece un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por otras vías, y en las hipótesis en donde tal pretensión es incompleta, por carencia de medios de prueba, aquella práctica resulta esencial.¹⁴²

Es importante agregar que como consecuencia de las nuevas posibilidades que abren los exámenes, la **tendencia** actual es considerar que la negativa del presunto padre a colaborar en su realización constituye una presunción relevante de que efectivamente es el padre biológico. La prueba de ADN ha adquirido notable trascendencia procesal

¹⁴¹ Ibidem, p. 96.

¹⁴² (cfr) Idem.

en este tipo de planteamientos, motivando que tanto la doctrina como la jurisprudencia y las legislaciones más avanzadas, consideren aquella negativa, por cualquiera de las partes, como la consumación de una presunción en contra que tiene por cierta la paternidad disputada.

Asentada la preeminencia del derecho a la identidad por parte del menor en relación al derecho a la intimidad o privacidad, por parte del presunto progenitor y la solución que se ha dado a través de la presunción iuris tantum que ha sido revisada, es importante señalar que algunos otros autores, tales como Tello Moreno y Varsi Rospigliosi han ido más allá y basándose fundamentalmente en los principios de necesidad y racionalidad consideran factible la práctica del examen del ADN de manera coercitiva.¹⁴³

Acorde con dicha posición, se considera que existe la obligación de las partes a tolerar los exámenes de ADN con el fin de dilucidar la verdad biológica dentro de los juicios de paternidad; y por ende, el examen se debe realizar de manera coercitiva, obedeciendo a los principios ya apuntados. Se apunta que el principio de necesidad implicaría que sólo se realizarán pruebas médicas o biológicas por la fuerza, cuando las mismas tengan una importancia decisiva y constituyan una prueba necesaria para esclarecer los hechos, es decir, cuando al agotar los medios de prueba no se pueda determinar la filiación, y ésta sólo pueda resolverse con los resultados de la prueba. Por su parte, el principio de racionalidad se referiría a que las personas están obligadas a soportar las pruebas biológicas, siempre que su realización no conlleve la consecuencia de provocar un perjuicio para su salud física o psíquica. De acuerdo con Tello

¹⁴³ (cfr) VARSI ROSPIGLIOSI, Op Cit, pp. 410-411 y TELLO MORENO, Luisa Fernanda, “Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación” en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Revista Derechos Humanos México, Año 1, No. 2, México, 2006, pp. 228-229.

Moreno, " *ésta es otra manera de restricción de un derecho fundamental que obedece no a un capricho si no a la búsqueda de una solución que implique el mayor grado de justicia posible dentro de un proceso y certeza sobre la resolución judicial*".¹⁴⁴

Cabe mencionar que en el ámbito judicial nacional, adoptó una posición similar el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito en una ejecutoria que después fue materia de la Contradicción de Tesis 154/2005-PS, al considerar esencialmente que aunque la extracción de sangre constituye un método invasivo, no puede anteponerse en su caso a las obligaciones que tiene el ser humano que reconozca la paternidad del ser que procreó, además de que la extracción de sangre a una persona le representa un dolor mínimo y que el procedimiento actualmente se practica con facilidad en los hospitales y centros de salud dispersos por todo el territorio nacional.¹⁴⁵

Sin embargo, en este punto diferimos del criterio argüido por los autores y el tribunal mencionados, en atención de que, contrario a lo que se argumenta, la realización forzosa de la prueba pericial aludida sí representa una intromisión a su intimidad genética, puesto que se ponen al descubierto otro tipo de características celulares, hormonales, genéticas, etc., que pueden no guardar relación alguna con la litis materia del juicio. En segundo lugar, por leve que sea el dolor que se produzca al sujeto al que se le practica la prueba, finalmente constituye un acto de invasión en su persona, y por ende, un acto de molestia en su organismo, mismo que se ajustaría en la hipótesis de aquellos derechos que se encuentran tutelados por la Constitución General de la República en sus artículos 14 y 16;

¹⁴⁴ TELLO MORENO, Op Cit, pp. 228-229.

¹⁴⁵ (cfr) Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 154/2005-PS, en Disco Óptico: "Jurisconsulta, 2010", Op Cit.

máxime cuando es preciso para la práctica de la prueba, de disponer de una porción de tejido celular y además, obligar al individuo a presentarse en un lugar y hora determinados para la toma de muestras y la práctica de exámenes de laboratorio; motivo por el cual, tal acto constituiría un acto de imposible reparación, puesto que el afectado, aún y cuando el examen arrojará un resultado negativo y la sentencia fuere igualmente favorable a sus intereses, ya no podría ser resarcido de su tejido celular; de lo cual se infiere, sin lugar a dudas, que el derecho a la intimidad, a la libertad y a la integridad física, al haber sido vulnerados, no le podrían ser resarcidos. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido un criterio similar.¹⁴⁶

Además de lo antes aducido, es importante señalar que desde un punto de vista práctico procesal, no resulta viable la práctica coercitiva de la prueba aducida, por la sencilla razón de que le bastaría al presunto progenitor sustraerse de la fuerza pública, desaparecer cuando se hubiere ordenado la práctica de dicha diligencia, para que fuera imposible la práctica de la misma, con lo cual se dejaría en el limbo el interés superior del menor y su derecho a la filiación y las importantes consecuencias jurídicas que conlleva, puesto que se estaría a la expectativa de la captura, arresto y forzamiento del presunto progenitor para que se realizara dicha prueba, creándose la posibilidad de una suspensión indefinida y posiblemente prolongada de los juicios de paternidad y maternidad. Claro está, ello además de la posibilidad de que se generaren mayores problemas y consecuencias en caso de que el demandado opusiere resistencia de manera violenta a que se le tomara muestra alguna de su cuerpo.

¹⁴⁶ (cfr) Ejecutoria de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 81/2002-PS, en Disco Óptico: “*Jurisconsulta, 2010*”, Op Cit.

Establecido lo anterior, es menester aclarar que el adoptar tal postura en la presente cuestión, no implica que pugnemos por una preeminencia del derecho a la intimidad en detrimento del derecho a la identidad de los menores. Nos parece que la solución más viable y eficaz ante este conflicto de derechos fundamentales lo constituye la presunción *iuris tantum* de la paternidad en caso de negativa a someterse a la práctica de la prueba genética, puesto que, preservando las Garantías Constitucionales del presunto progenitor, en aquellos casos en que se oponga a que se le cause el acto de molestia consistente en la toma de muestra de un tejido de su organismo, se le otorga preeminencia al interés superior del menor a conocer su filiación, al establecerse jurídicamente la presunción de la paternidad en caso de oposición o negativa, basado en el axioma de que ***quien no quiere develar la verdad, algo tiene que ocultar***, encontrándose en perfecta armonía con la obligación constitucional de colaborar con los tribunales. Además, desde el punto de vista práctico, impide que los juicios de paternidad y maternidad se suspendan o prolonguen indefinidamente por ocultamiento o sustracción de la acción de la justicia por parte de los presuntos progenitores. El hecho de que los criterios más recientes y predominantes en torno al tema en la Doctrina, Legislación y Jurisprudencia se encuentren orientados en ese sentido así lo confirma.

Finalmente, queda un último punto por analizar, siendo éste el relativo a si la presunción jurídica de paternidad o maternidad por negativo u oposición del demandado podría constituir *per se* base suficiente para fundar la sentencia que declare la filiación o si por el contrario, es menester la existencia de otros medios de prueba que se adminiculen con dicha presunción. Dicho tema resulta apasionante y por sí solo ameritaría el desarrollo de otros trabajos de investigación dedicados específicamente a dicha cuestión.

Al efecto, Ghersi nos refiere la existencia de dos grandes corrientes en la Doctrina: por una parte, algunos autores pugnan porque en estos casos se efectúe una inversión de la carga probatoria y en consecuencia, se acoja la filiación reclamada. Es decir, se asignaría a la negativa a someterse a la pericial, previa advertencia y explicación sobre la seguridad del método, el valor de un reconocimiento de la paternidad imputada. Por ende, ya no se trataría de un indicio. Tal postura se basa en el razonamiento de que el conflicto debe ser solucionado de algún modo y que por ende, si el juzgador rechazara la demanda por falta de pruebas, el emplazamiento filial perdería efectividad por voluntad y arbitrio del presunto padre y por ende *"el rechazo de la pretensión importaría que la igualdad de las filiaciones se habría transformado en una mera declaración formal desprovista de contenido"*.¹⁴⁷ Por tanto, frente a una actividad obstruccionista, no queda otra alternativa que invertir la carga probatoria para no llegar a una efectiva denegación de justicia. El efecto de la negativa propuesta no tiene carácter sancionatorio sino más bien es una forma de resolver el conflicto.

La otra corriente se pronuncia en el sentido de que la negativa carece de entidad para definir la paternidad reclamada. Se funda en la opinión de que erigir a alguien, a través de una sentencia en padre de otro, es un tema suficientemente delicado para que los jueces lo decidan con un grado aceptable de certeza; y que por tanto, resulta sumamente complicado alcanzar tal certeza gracias únicamente a que el demandado no consienta en someterse a un examen biológico. Por ende, la mera negativa sería insuficiente para dictar sentencia: *"importa un indicio más o menos grave que requiere otras pruebas para consolidar su*

¹⁴⁷ GHERSI, Op Cit, pp. 97-98.

*eficacia, aún cuando se considera que necesita muy escaso complemento para formar plena convicción, ya que tiene un peso muy elevado junto con los demás indicios que puedan analizarse".*¹⁴⁸

En lo personal nos adherimos, al igual que Ghersi a la primera postura, por considerar que si existen posibilidades de que el presunto padre haya participado en la generación de una vida, es lógico que se someta a las pruebas encaminadas a acreditarla, y si no lo hubiera sido, no será menos lógico que contribuya a eliminar su participación en dicha cuestión, sin ampararse en una actitud negativa, de obstrucción, sin justificación alguna, que no sea presumiblemente su propio interés egoísta.¹⁴⁹

Como sea el debate es controversial. En el caso de los criterios jurisprudenciales, la respuesta resulta ser ambigua: si bien es cierto que en la Ejecutoria de la Contradicción de Tesis 154/2005-PS, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se inclinó por considerar la negativa como una confesión ficta, y por ende, determinó la obligación de valorarla como tal al momento de dictar la sentencia respectiva, es decir, que dicha presunción debería estar adminiculada con otros medios de prueba para que, en su conjunto, el acervo probatorio tenga eficacia para acreditar la paternidad, puesto que tal presunción por sí sola, no sería suficiente para tener por cierta la relación paterno-filial; no obstante, tanto en la misma ejecutoria como en diversos criterios jurisprudenciales que ya han sido mencionados en el primer inciso del presente capítulo, deja sentado con toda claridad y precisión que el medio probatorio idóneo para acreditar la paternidad y maternidad lo es precisamente la experticial del ADN.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 98.

¹⁴⁹ (cfr) Idem.

Por tales motivos, estimamos que resulta factible que la presunción aludida sea suficiente para fundar una sentencia que declare la paternidad y maternidad, quedando expedito en todo caso, el derecho del demandado para aportar pruebas en sentido contrario. En todo caso, esta controversia se ubica en el debate más amplio respecto al valor probatorio que debe otorgarse a las pruebas científicas, al cual hicimos referencia en la parte final del tercer capítulo de este trabajo.

Asimismo, desde el punto de vista práctico cabe realizar un par de aseveraciones. En primer término, resultaría inútil la introducción de la presunción jurídica aludida si la misma no fuere suficiente y bastante para emitir una resolución que declare la paternidad: a sabiendas de tal hecho, el demandado podría continuar con su actividad obstruccionista y no se procuraría el interés superior del menor a la identidad; la introducción de tal presunción carecería de sentido. En segundo lugar, debe precisarse que en una buena parte de casos, la presente discusión carece de relevancia, puesto que normalmente existen otros medios de prueba que podrían concatenarse o administrarse con la referida presunción, a efecto de ser susceptible, en su conjunto de emitir una sentencia.

Cabe mencionar que dependerá del juzgador el análisis minucioso y exhaustivo del acervo probatorio: la filiación puede derivarse en muchos casos de un encuentro casual, del cual no existan otro tipo de pruebas, como testigos, documentales, etc. En tales casos, el órgano jurisdiccional deberá ponderar el valor de la presunción en relación a los medios de prueba contemplados por los artículos 1.265 y 5.33 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, y en forma especial, en relación a la prueba presuncional a que se refieren los numerales 1.356 y 1.357, concebida esencialmente como la consecuencia que la Ley o el

juzgador deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido, puesto que de acuerdo con dichos preceptos legales, *"el que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción"* (artículo 1.357), de lo que se desprende que en el caso en comento bastaría únicamente con que se acreditara que el demandado se negó a someterse al examen para que fuere procedente tal presunción.

Por ende, existe la base jurídica en el Derecho Procesal adjetivo de nuestra entidad federativa para que el órgano jurisdiccional pudiera fundar su resolución en la presunción apuntada, máxime que ya se encuentra establecida una presunción legal genérica referente a las controversias del orden familiar en el Código de Procedimientos Civiles que resultaría aplicable en la materia; siendo por otra parte, bastante factible, que se pueda concatenar con otros medios de prueba no totalmente relevantes, como la instrumental de actuaciones por ejemplo, para fundar dicha resolución. En todo caso, debemos apuntar que con independencia del debate aludido, la tendencia apunta a otorgarle cada vez mayor eficacia probatoria a las pruebas periciales científicas para fundar sentencias, así como en este caso, a la presunción legal para fijar la relación paterno-filial.

4.4.1 Posición de la jurisprudencia nacional al respecto

En el inciso precedente han sido expuestos a detalle las razones y motivos por los cuales se considera que ante la negativa de los supuestos progenitores a someterse a la Prueba Pericial de ADN debe operar la presunción de la paternidad o maternidad —según sea el caso—. Tal análisis se realizó tomando en cuenta algunos de los criterios

predominantes en la Doctrina, la Legislación (especialmente la mexiquense), así como dos ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver dos contradicciones de tesis en torno al tema. En el presente apartado se revisarán en forma particular, tanto las tesis de jurisprudencia resultantes de las ejecutorias ya señaladas, así como algunos otros criterios jurisprudenciales que han sido sustentados no sólo por nuestro tribunal supremo sino también por los Tribunales Colegiados de Circuito. Ello con la finalidad de demostrar que la jurisprudencia nacional más reciente soporta nuestra posición en el tema materia de la presente investigación.

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 debe ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada 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.

1a./J. 17/2003. Contradicción de tesis 81/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero, ambos

del Vigésimo Tercer Circuito. 19 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto. Tesis de jurisprudencia 17/2003. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión de diecinueve de marzo de dos mil tres. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVII, Abril de 2003. Pág. 88. Tesis de Jurisprudencia.

Tal y como se ha apuntado en diversas partes del presente trabajo de investigación, al través del criterio antes enunciado, que resuelve la contradicción de tesis 81/2002-PS, se asiente con toda claridad que el proveído que determina la realización forzosa del desahogo de la prueba pericial de ADN constituye un acto de imposible reparación que puede afectar los derechos fundamentales del individuo al violentar su derecho a la intimidad, pues es necesaria la toma de muestras de tejido celular, generalmente sangre, y con ello, además del acto de molestia que generaría dicha acción en la persona del demandado, al obtenerse la huella de identificación genética, terceros tendrían acceso a otras características genéticas o condiciones genéticas hereditarias inherentes al demandado, que pertenecen a su más absoluta intimidad.

MEDIDAS DE APREMIO. SU APLICACIÓN ES CONSTITUCIONAL EN LOS JUICIOS DE PATERNIDAD CUANDO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN) (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO). Los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los Jueces y Magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando el Juez en un juicio de paternidad ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, esa conducta encaja en los supuestos de aplicación de las medidas de apremio para que se cumpla la determinación del juzgador. Con la aplicación de estas medidas, no se viola el derecho a la intimidad genética del presunto padre, pues en los análisis de paternidad por ADN únicamente se obtiene la llamada huella genética, la cual no incluye el contenido de toda la información genética, sino sólo lo que corresponde a determinados

segmentos del ADN para verificar si los marcadores del presunto padre son coincidentes con los del presunto hijo, y así establecer si existe o no relación de filiación entre ellos. Por esas mismas razones, no existe violación de garantías respecto de la autodeterminación informativa, pues el análisis de paternidad tiene una justificación en tanto que únicamente versará sobre la filiación y no sobre otras cuestiones. De igual manera, la realización de la mencionada prueba no viola las garantías establecidas en el artículo 22 constitucional porque dicho artículo se refiere a las sanciones que se imponen a los individuos cuya responsabilidad está plenamente demostrada, previo desahogo de un proceso legal, y la práctica de la prueba genética no puede considerarse una pena; por ello, al no constituir una pena o sanción, no se encuentra en los supuestos del artículo 22 constitucional. Por lo anterior, se concluye que el uso de las medidas de seguridad está plenamente justificado en tanto que el presunto ascendiente tiene la obligación de practicarse dicha prueba atendiendo al interés superior del menor y a su derecho de conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores.

1a./J. 99/2006. Tesis de jurisprudencia 99/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintidós de noviembre de dos mil seis. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXV, Marzo de 2007. Pág. 150. Tesis de Jurisprudencia.

MEDIDAS DE APREMIO. ALCANCE DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA TRATÁNDOSE DE JUICIOS DE PATERNIDAD EN LOS QUE SE OFRECE LA PRUEBA EN GENÉTICA MOLECULAR (ADN). Esta Primera Sala ha establecido que tratándose de los juicios de paternidad en los que se ofrece la prueba en genética molecular (ADN), es constitucional que el Juez haga uso de las medidas de apremio previstas en la ley para lograr que el demandado se someta a dicha prueba. Asimismo, se determinó que si a pesar de la imposición de dichas medidas de apremio no se logra vencer la negativa del demandado para realizarse la prueba, la consecuencia de esa conducta será que opere la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario. Ahora bien, dentro de las medidas de apremio establecidas por la ley se encuentra el uso de la fuerza pública, pero esta medida debe utilizarse sólo para presentar al demandado al lugar donde deba tomarse la muestra genética, pero de ninguna manera para que con esta medida se obtenga dicha muestra, pues de considerar que con tal providencia se pudiera forzar al presunto padre para obtener la mencionada muestra, ninguna razón de ser tendría haber establecido que en caso de que persistiera la

negativa para realizarse esa prueba, se tendrían por presuntamente probados los hechos que se pretendían acreditar.

1a./J. 100/2006. Tesis de jurisprudencia 100/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintidós de noviembre de dos mil seis. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXV, Marzo de 2007. Pág. 149. Tesis de Jurisprudencia.

JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO). Conforme a los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., 6o., 7o. y 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico (ascendencia), sino en que de ese conocimiento deriva el derecho del menor, constitucionalmente establecido, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada. Por otra parte, los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los Jueces y Magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, es constitucional que se le apliquen dichas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador, pero si a pesar de esas medidas no se logra vencer la negativa del demandado para la realización de la prueba, esto no significa que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor, y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia alguna, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación controvertida porque, por una parte, el artículo 190 bis V del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León así lo señala expresamente y, por otra, aunque la legislación del Estado de México no precisa esa circunstancia en una norma expresa, atendiendo al interés superior del niño y de una interpretación extensiva y analógica de los artículos 1.287 y 2.44 del Código Procesal Civil de esa entidad

federativa, que establecen los supuestos de confesión ficta y reconocimiento de documentos, se concluye que ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario, pues como se ha dicho, considerarlo de otra manera llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad.

1a./J. 101/2006. Tesis de jurisprudencia 101/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintidós de noviembre de dos mil seis. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXV, Marzo de 2007. Pág. 111. Tesis de Jurisprudencia.

Las jurisprudencias enunciadas son resultantes de la Contradicción de tesis 154/2005-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 18 de octubre de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

Las tesis jurisprudenciales resultantes de la Contradicción de tesis 154/2005-PS constituyen la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de establecer criterios claros respecto a los diversos diferendos y conflictos que podrían suscitarse en relación a la prueba pericial genética en los juicios de paternidad y maternidad. En primer término, declara la constitucionalidad de las medidas de apremio utilizadas por el órgano jurisdiccional a efecto de lograr que el demandado se someta a dicha prueba, determinando que si a pesar de la imposición de dichas medidas de apremio no se logra vencer la negativa del demandado para realizarse la prueba, la consecuencia de tal conducta será que opere la presunción de la filiación.

Dado que la segunda de las tesis jurisprudenciales citada aclara que el uso de la fuerza pública sólo deberá utilizarse para presentar al demandado al

lugar donde deba tomarse la muestra genética, pero que de modo alguno puede utilizarse dicho medio de apremio para tomarse la muestra genética, tal y como lo hemos señalado previamente en esta investigación, consideramos que resulta óbice e innecesaria la aplicación de las medidas de apremio apuntadas, dada la existencia de la presunción de filiación en caso de que se oponga; por tal situación, además de las razones que ya hemos argumentado previamente en relación a este tópico, es dable aducir el hecho de que carece de sentido gastar innecesariamente los recursos del Estado a efecto de cumplimentar las medidas de apremio que ordenara el juzgador, a sabiendas de que en última instancia, a pesar de todo el operativo que fuere desplegado para el efecto de presentar al demandado al lugar de aplicación de la prueba, no se le podría obligar a que se le tomara la muestra. Asimismo, resulta lógico y de sentido común suponer que si dicho demandado ya se opuso o se ha estado negando sistemáticamente a la práctica de dicha prueba, lo haga nuevamente.

Consecuentemente, en base al principio de economía procesal, consideramos que el juzgador debería obviar las medidas de apremio aducidas, dada la existencia de la presunción en comento. Es importante mencionar que en la actualidad, dada la existencia de los criterios jurisprudenciales aludidos que resolvieron la contradicción de tesis, sería jurídicamente viable la imposición de medidas de apremio en los términos apuntados en las tesis. Sin embargo, ello no obsta para que, dados los argumentos aducidos, se legislara con la finalidad de obviar tales medios de apremio que sólo redundan en una obstrucción innecesaria al proceso.

Un par de cuestiones más pueden ser apuntadas en relación a las tesis antes enunciadas. En primer término, dichas tesis se refieren básicamente a

las legislaciones de los estados de México y Nuevo León. Si bien en este último la presunción de filiación fue establecida a nivel legal estableciendo un capítulo especial (artículo 190 BIS y ss.) relativo a la investigación de la filiación en el Código de Procedimientos Civiles, así como el numeral 381 BIS en el Código Civil, resultando en consecuencia, mucho más sencillo confirmar que efectivamente opera dicha presunción en caso de negativa u oposición por parte del demandado; no obstante, en el caso del Estado de México, es importante señalar que la presunción no se encuentra establecida en una norma expresa del Código Civil estatal, sino que más bien se desprende de la presunción legal genérica establecida para las controversias del orden familiar y del estado civil, en los artículos 5.38 fracción II y 5.39 del Código de Procedimientos Civiles mexiquense, de tener por ciertos los hechos que se pretenden acreditar ante la inasistencia de las partes a que se les practiquen exámenes, pruebas o muestras; así como de una interpretación extensiva y analógica de de los artículos 1.287 y 2.44 del mismo ordenamiento, que establecen los supuestos de confesión ficta y reconocimiento de documentos, determinándose, en base a dichos dispositivos y atendiendo al interés superior del menor, que debe operar la presunción de la filiación de la filiación, salvo prueba en contrario; faltando en todo caso, una norma expresa que determina la presunción legal de filiación en caso de negativa de uno de los progenitores a someterse a la práctica de la prueba pericial de ADN.

En este sentido es importante mencionar que la interpretación contenida en la tesis jurisprudencial citada en última instancia, ha servido como base y criterio orientador para legislaciones estatales que no contienen preceptos legales que establezcan expresamente la presunción en comento, concluyéndose que son aplicables, en lo conducente, al caso concreto por analogía los numerales respectivos, relativos a la confesión

ficta y al reconocimientos de documentos, como sucede, por ejemplo, en los casos de los estados de Veracruz y Chiapas, tal y como se desprende de las siguientes tesis:

JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 154/2005-PS de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 101/2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, marzo de 2007, página 111, con el rubro: "JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO).", sostuvo que -en tratándose de la legislación civil del Estado de Nuevo León y la del Estado de México- cuando los presuntos ascendientes se niegan a practicarse la prueba pericial en genética, opera la presunción de filiación controvertida, toda vez que de una interpretación analógica y de principios generales del derecho, el referido órgano jurisdiccional concluía -entre otras cosas- que era dable presumir dicha filiación; en ese tenor, este Tribunal Colegiado de Circuito, de manera específica, estima que es posible concluir de igual manera con la legislación civil del Estado de Veracruz, tomando en consideración esos tipos de interpretación jurídica y, además, con la exacta aplicación de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3, 6, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Por tanto, si las referidas disposiciones señalan, por un lado, el derecho de los menores a conocer su identidad y que la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico (ascendencia), sino en que de ese conocimiento deriva el derecho del menor, constitucionalmente establecido, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada; por otro lado, el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Veracruz establece medidas de apremio a través de las cuales los Jueces pueden lograr que sus

determinaciones se cumplan, entonces, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, resulta igualmente constitucional que se le apliquen las citadas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador; no obstante, si a pesar de la utilización de aquellas medidas no se logra vencer la negativa del demandado para la realización de la prueba, esto no puede significar que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor, y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia jurídica alguna, puesto que, en todo caso, debe operar la presunción de la filiación controvertida porque, aunque la legislación del Estado de Veracruz no precisa esa circunstancia en una norma expresa, en atención al interés superior del niño y de una interpretación extensiva y analógica del artículo 257 del código procesal civil de esta entidad federativa, que establece los supuestos de confesión ficta, se concluye que ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, salvo prueba o derecho en contrario pues, como se ha dicho, considerarlo de otra manera llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. VII.2o.C.111 C. Amparo directo 368/2007. 5 de julio de 2007. Unanimidad de votos; mayoría en relación con el tema contenido en esta tesis. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretaria: Griselda Sujey Liévanos Ruiz. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXVII, Febrero de 2008. Pág. 2313. Tesis Aislada.

RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. SI EL SUJETO DE LA PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR SE NIEGA A SU DESAHOGO, DEBE TENERSE COMO VERDADERO QUE EL RENUENTE ES PROGENITOR DEL MENOR INVOLUCRADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CHIAPAS). De acuerdo con los artículos 6 y 8, inciso c), de la abrogada Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Chiapas, los menores tienen derecho a solicitar y recibir información sobre su origen e identidad de sus padres y a conocer su origen genético. Ahora bien, en el supuesto de que el demandado niegue la paternidad, ésta podrá demostrarse a través de la pericial en genética molecular, que debe desahogarse en términos de los numerales 353 al 360 del Código de Procedimientos

Civiles del Estado. Sin embargo, ambos ordenamientos no establecen la correlativa obligación de los presuntos progenitores a someterse a la práctica de la citada probanza ni la facultad de los juzgadores para obligarlos a ello, pues para que se lleve a cabo ese medio de prueba, necesariamente debe concurrir la voluntad y el consentimiento del sujeto afectado. En ese contexto, si el sujeto de la prueba se niega a su desahogo procede hacer efectivo el apercibimiento a que se refiere el numeral 295 del código adjetivo citado, en el sentido de que en caso de oposición a la prueba deben tenerse por ciertas las afirmaciones de la contraparte; así, la consecuencia de tal rechazo será que se tenga como verdadero que el renuente es progenitor del menor involucrado; sin que obste que tal precepto se refiera expresamente a las diligencias de inspección o reconocimiento que se ordenen en autos, ya que al no existir una disposición específica en relación con la prueba pericial, debe aplicarse por analogía e incluso por mayoría de razón, pues lo que sanciona es la negativa u oposición de los contendientes de un juicio al desahogo de una prueba.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. XX.2o.38 C. Amparo directo 652/2005. 14 de junio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arteaga Álvarez. Secretario: Juan Manuel Morán Rodríguez. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXV, Enero de 2007. Pág. 2316. Tesis Aislada.

Un segundo punto que se desprende de las tesis provenientes de la Contradicción de Tesis 154/2005-PS, así como también de la contradicción de tesis 81/2002-PS, es el de considerar a la prueba pericial en genética como el medio probatorio idóneo para acreditar la filiación. En este sentido se han pronunciado también nuestros Tribunales Federales en otras diversas tesis, tales como las que fueron citadas en el primer inciso de este cuarto capítulo así como las que se enuncian a continuación, de todas las cuales se desprende con claridad que en este caso, nuestros tribunales le atribuyen a la prueba pericial en genética un valor determinado en los juicios de paternidad y maternidad: el de ser el medio probatorio idóneo para acreditar la filiación, lo que se parece más a la prueba tasada o legal

que al sistema de la libre valoración de la prueba, tal y como lo explicamos en el inciso 3.4 de este trabajo.

Con independencia de las jurisprudencias por contradicción de tesis a que hemos hecho referencia previamente, en relación a la legislación civil del Distrito Federal, nuestros Tribunales Federales se han pronunciado a favor de la presunción de la filiación en caso de negativa de los presuntos progenitores, basando su argumentación en el interés superior del menor a la filiación, en términos de una ley local, la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, aunque es importante mencionar que, al igual que en el caso de Nuevo León, esta entidad federativa prevé un dispositivo legal expreso que establece dicha presunción, siendo un rasgo distintivo entre ambas, el hecho de que mientras que en Nuevo León se regula tal situación en los ordenamientos adjetivo y sustantivo de la materia, en el Distrito Federal se hace únicamente en el Código Civil, en tanto que en el Estado de México no se regula en el ordenamiento sustantivo, sino existe una presunción legal genérica para controversias de índole familiar en el ordenamiento procesal.

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). ANTE LA POSIBILIDAD DE LOS PRESUNTOS PADRES DE NEGARSE AL DESAHOGO DE DICHA PROBANZA, SE PRESUMIRÁ SU PATERNIDAD SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (ARTÍCULO 5, APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL). El artículo 5, apartado B), inciso III, de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, que establece que las niñas y niños tienen el derecho a la identidad, certeza jurídica y familia, y a solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético, se traduce en el derecho de los menores a solicitar en juicio, la prueba pericial en genética molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), de sus presuntos progenitores. Lo anterior no implica que dicho artículo autorice la práctica de la citada probanza de manera forzada y contra la voluntad de los mismos, porque el precepto no establece la

correlativa obligación de los supuestos padres a someterse a la práctica de la citada prueba pericial, de manera que éstos, en todo momento, pueden negarse a que dicha probanza se lleve a cabo, en cuyo caso, en términos del artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal, la paternidad y la maternidad, según sea el caso, se presumirá, salvo prueba en contrario.

1a. CCXVII/2005. Amparo en revisión 1166/2005. José Martín Roiz Rodríguez. 16 de noviembre de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Joaquín Cisneros Sánchez. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXIII, Enero de 2006. Pág. 736. Tesis Aislada.

Un caso específico y diverso a los que hemos comentado en este apartado, relativos todos a la presunción de paternidad del presunto progenitor en los juicios de reconocimiento de paternidad y maternidad, es el que resolvió el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis que a continuación se enuncia.

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR. CUANDO SE OFRECE EN EL JUICIO DE DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y EL MENOR SE NIEGA A QUE SE LE PRACTIQUEN LOS EXÁMENES CORRESPONDIENTES, DEBEN TENERSE POR CIERTOS LOS HECHOS NARRADOS POR SU CONTRAPARTE, SALVO PRUEBA EN CONTRARIO. La acción de desconocimiento de paternidad tiene como finalidad desvirtuar la presunción legal que deriva del registro de un menor, por lo que la prueba idónea para tal efecto es la pericial en materia de genética molecular. A su vez, el artículo 287 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que 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. El propósito que inspiró al legislador a introducir esa hipótesis normativa consistió en proteger la individualidad de los gobernados, pues estimó que no podía obligárseles a la inspección o reconocimiento de sus condiciones físicas o mentales, ya que ello atentaría contra sus derechos públicos subjetivos al invadir su intimidad sin su consentimiento, empero, como sanción a esa conducta omisiva, el legislador introdujo la presunción legal de tener por ciertos los hechos afirmados por su contraparte. De modo que,

cuando en un juicio de desconocimiento de paternidad se ofrece la prueba pericial en genética molecular, y el menor (a través de quien lo tiene bajo su patria potestad y lo representa) se niega a que se le practiquen los exámenes correspondientes, no puede obligarse a practicar en su persona dicha probanza, pero en tal supuesto deben tenerse por ciertos los hechos narrados por su contraparte, salvo prueba en contrario.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.3o.C.576 C. Amparo directo 226/2006. 13 de julio de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Alfaro Telpalo, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Gabriel Regis López. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca. Tomo XXV, Enero de 2007. Pág. 2306. Tesis Aislada.

En la especie, refiriéndose a los juicios de desconocimiento de paternidad, se determina la presunción de “no paternidad” en los casos en que el progenitor está desconociendo la paternidad de un menor, para lo cual ofrece la prueba pericial en genética y el menor, por conducto de quien sus legales intereses represente, se opone a la práctica de dicha diligencia, en cuyo caso, según lo ha estimado el criterio jurisprudencial citado, operaría una presunción a la inversa, y por ende, si bien no se le podría obligar al menor a la práctica forzosa de la prueba, pues se estaría violentando su derecho a la intimidad, sí operaría la presunción legal de ser ciertos los hechos reclamados por el actor, en términos del numeral 287 del Código Procesal para el Distrito Federal. Aunque la materia de la tesis antes mencionada no constituye parte del tema central de la presente investigación, y su análisis ameritaría un trabajo de investigación diverso y específico —si bien consideramos, a título personal, que muy probablemente tal criterio entra en conflicto con el interés superior del menor y su derecho a la filiación y por ende, la operación de la presunción legal sería dudosa—, constituye un buen ejemplo de la necesidad de legislar en torno a las presunciones legales derivadas de la práctica de las

pruebas biológicas, a efecto de evitar criterios discordantes y contradictorios.

Una vez que se han revisado los criterios jurisprudenciales predominantes en nuestro país, de los que se desprende que al igual que sucede con las corrientes dominantes en la Doctrina y algunas de las legislaciones estatales más avanzadas como el Distrito Federal y Nuevo León, son coincidentes en señalar que opera la presunción de paternidad y maternidad en caso de negativa u oposición del presunto progenitor a someterse a la práctica de la prueba pericial en genética, estamos en posibilidad de abordar la posible reforma que debería llevarse a cabo en la legislación sustantiva mexiquense, cuestión que se dilucidará en el inciso subsiguiente.

4.5 Propuesta de reforma en el Código Civil del Estado de México

Es propuesta del presente trabajo de investigación adicionar un nuevo precepto legal en el Capítulo III “Del Reconocimiento de los hijos nacidos fuera del Matrimonio”, Título Quinto “De la Paternidad y Filiación”, Libro Primero “Parte General” del Código Civil del Estado de México, a efecto de establecer la presunción de la paternidad y maternidad en caso de negativa u oposición del presunto progenitor a practicarse la prueba pericial en genética, que como hemos revisado a lo largo del presente estudio, constituye el medio idóneo probatorio para demostrar la filiación.

Consecuentemente, el artículo que se incorporaría al Código Civil de nuestro estado, sería del siguiente tenor:

Presunción de la paternidad y maternidad por negativa a la práctica de la prueba biológica

Artículo 4.177 BIS.- La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. La prueba pericial en genética constituye el medio idóneo para demostrar la filiación. Si habiéndose propuesto dicha probanza, el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria para efectuar dicho estudio, se presumirá la relación paterno-filial, salvo prueba en contrario. A efecto de que opere dicha presunción bastará que la autoridad judicial haga efectivo el apercibimiento decretado al presunto progenitor en términos de ley, sin que sea necesario agotar medios de apremio para lograr su comparecencia para la práctica de tal probanza.

En primer término es menester aclarar que si bien ya existe en el Código de Procedimientos Civiles para el estado la presunción legal que establecen los artículos 5.38 fracción II y 5.39, de la que podría inferirse que opera la presunción legal de paternidad o maternidad en caso de negativa de los progenitores a someterse a las pruebas biológicas, lo cierto es que la referida presunción se desprende de una disposición genérica que se refiere a las controversias del orden familiar y del estado civil en su conjunto y no de manera específica a la materia de la filiación. Por ende, si bien la existencia de tal presunción en el código adjetivo resulta loable y altamente positiva, la misma es hasta el momento incompleta, atendiendo al hecho de que resulta necesario e imprescindible que se establezca la presunción legal apuntada, referida específica y concretamente a la figura de la filiación en el Código Civil estatal, ordenamiento en el que se encuentra regulada la materia de la filiación en el Título Quinto del Libro Cuarto se encuentra referido exclusivamente a "Paternidad y Filiación", y cuyo contenido se refiere prácticamente en su totalidad a la **prueba de la filiación** (matrimonial y muy particularmente, extra matrimonial).

Consecuentemente, dado que la presunción legal mencionada constituye precisamente una de las fuentes generadoras de la relación jurídica

paterno-filial, fuentes que se encuentran expresamente reguladas en el Código Civil, en el apartado mencionado, resulta incongruente que no se contenga la referida presunción en el Título del Código Civil relativo a la filiación, que regula las demás fuentes generadoras de la relación paterno-filial, así como lo relativo a la prueba de la filiación; máxime cuando dentro de la legislación civil mexiquense tampoco se encuentra establecido cuál es el medio de prueba idóneo para demostrar la filiación ni se abre la posibilidad de probar ésta a través de cualquier medio de prueba.

Cabe mencionar por tanto, que la inclusión del artículo citado en el Código Civil no se contrapone con las disposiciones ya existentes en el Código de Procedimientos Civiles del Estado, sino por el contrario, se complementa, por las razones ya aducidas, y mediante la inclusión de tal presunción en el primero de los ordenamientos mencionados, se armoniza la regulación que en su conjunto realiza la legislación sustantiva y adjetiva en relación a la figura de la filiación, tal y como lo han hecho otras legislaciones, constituyendo tal propuesta, por tanto, un paso más en la actualización y amplia reforma que se requiere en materia de filiación, para atender al interés superior del menor y sus importantes consecuencias jurídicas, atendiendo al mismo tiempo al respeto irrestricto de los derechos humanos.

Ahora bien, el precepto legal se adiciona en el capítulo indicado, considerando que la acción de reconocimiento de paternidad o maternidad constituye una de las formas a través de las cuáles se reconoce jurídicamente la filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio, es decir, la conocida filiación extramatrimonial. Cabe mencionar que se adiciona al final del referido apartado, después del numeral 4.177, en atención a éste último se refiere precisamente a las

acciones de investigación de paternidad y maternidad, y por ende, resulta conveniente adicionar el precepto mencionado en dicha parte, puesto que es relativo a dichas acciones.

De esta manera, en el dispositivo legal que se propone adicionar se propone establecer, en primer lugar, que la paternidad y la maternidad pueden demostrarse a través de cualquiera de los medios de prueba existentes. En este sentido, resulta esclarecedor apuntar que las legislaciones civiles de avanzada en la República Mexicana (artículos 382 del Código Civil para el Distrito Federal y 381 BIS del Código Civil del estado de Nuevo León) contienen disposiciones similares, obedeciendo lo anterior a que resulta sumamente importante tener una base legal en el ordenamiento sustantivo, relativa a la prueba de la paternidad y la maternidad.

Ello constituye un punto de partida, a efecto de adecuar totalmente la legislación civil mexiquense al criterio predominante en la Doctrina y Jurisprudencia nacionales e internacionales en el sentido de reconocer que la prueba pericial en genética constituye el medio probatorio idóneo para demostrar la filiación. En este sentido, efectivamente se estaría actualizando una excepción al sistema de libre apreciación que priva en nuestro Derecho Positivo, introduciendo, en el caso de la prueba pericial aludida, una aproximación matizada del sistema de la prueba tasada o legal, habida cuenta que el legislador le atribuiría a la prueba pericial mencionada el valor de idónea.

Lo anterior atendiendo a la naturaleza y características inherentes a la prueba del ADN, que es esencialmente científica y que produce una certeza de más del 99.99%, según se ha revisado en la presente

investigación. Por ende, en tratándose de juicios de reconocimiento de paternidad y maternidad, resulta obvio que tal estudio constituye el medio de prueba óptimo para determinar la existencia o inexistencia de la relación paterno-filial. Ello sin soslayar la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de verificar que la prueba aludida haya sido practicada satisfaciendo las condiciones técnicas requeridas para su aplicación y en el caso, que la evidencia que soporte las conclusiones del dictamen pericial sea relevante y fidedigna, tal y como apuntamos en el capítulo tercero de la investigación. En este sentido, resulta importante mencionar que en este análisis llevado a cabo por el juzgador para apreciar y valorar dicha probanza, se estaría siguiendo también el sistema de la libre valoración de la prueba, puesto que el juzgador tendría la obligación de valorar racionalmente, en base a criterios objetivos verificables, si el peritaje se encuentra debidamente fundado o no.

Acto seguido, en el precepto legal propuesto se estaría introduciendo propiamente la presunción legal de paternidad y maternidad en el caso de que el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria para efectuar la prueba pericial en genética, salvo prueba en contrario. La redacción de la referida presunción es consistente con la presunción legal genérica contenida en el Código de Procedimientos Civiles estatal y obedece estrictamente a lo que nuestros Tribunales Federales han determinado en torno a la materia, así como a la forma en que otras legislaciones, tales como la del Distrito Federal y la del estado de Nuevo León lo han regulado: es clara y precisa, sin dejar lugar a dudas, por tratarse precisamente de una presunción legal. En este sentido, se deja también la puerta abierta a efecto de que el demandado, dado el caso, pueda aportar medios de prueba tendientes a desacreditar dicha presunción.

En la especie se antoja sumamente complicada la posibilidad de que existan esa clase de pruebas que pudieran ser aportadas por el demandado; sin embargo, estimamos que excepcionalmente podrían existir: verbigracia, en el caso de que el demandado no se hubiere negado u opuesto a la toma de muestras de sangre o tejido orgánico para la práctica del estudio, y que su incomparecencia se debió a alguna causa justificada; o bien, por ejemplo, en el caso de que el demandado pudiere desvirtuar la presunción de la relación paterno-filial demostrando la existencia de una sentencia definitiva debidamente ejecutoriada que versó también sobre dicha relación y que por ende, nos encontramos ante cosa juzgada.

Finalmente, y acorde al criterio que sostuvimos a lo largo de la presente investigación, proponemos que se determine que para que opere la presunción legal en comento, baste que el órgano jurisdiccional haga efectivo el apercibimiento decretado al presunto progenitor en términos de ley (apercibimiento que obvia decir, estimamos deberá ser realizado al momento de admitir la probanza, en términos del artículo 5.38 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México), sin que haya necesidad de agotar medio de apremio alguno para lograr la comparecencia del demandado para la práctica del estudio. Lo anterior, como ya fue explicado, encuentra su fundamento en el principio de economía procesal, puesto que el legislador puede obviar las medidas de apremio en la especie dada la existencia de la presunción *iuris tantum* que introduciría nuestra propuesta de reforma legal, y en segundo lugar, dado que carece de sentido desplegar todo un operativo, utilizando recursos humanos, materiales y financieros del Estado, a efecto de presentar al demandado al lugar de aplicación de la prueba, cuando la Suprema

Corte de Justicia de la Nación ha determinado que una vez presentado en el lugar, no se le puede obligar a que se le tome la muestra. Sólo resta agregar que con dicha disposición se estarían conciliando los principios de identidad, por parte del menor y de intimidad, por parte del presunto progenitor, estableciendo legalmente la preeminencia del primero sobre el segundo, a través de la presunción legal aducida, pero sin violentar los derechos fundamentales del presunto progenitor.

4.6 Reflexiones finales

Una vez que han sido revisados los temas medulares materia del presente trabajo de investigación, determinando que la prueba pericial en genética constituye el medio probatorio idóneo para demostrar la filiación, así como habiendo analizado las razones y motivos por los cuáles se considera que debe operar la presunción de la paternidad y maternidad en caso de negativa del presunto progenitor a someterse a la prueba indicada, se dedicará este último apartado de la investigación a la realización de algunos comentarios de carácter general en torno al tema y en particular al contexto en el cual debería implementarse la reforma legal propuesta.

En este sentido, vale la pena reiterar el hecho de que a través de la reforma legal propuesta en este trabajo de investigación se estaría armonizando plenamente la legislación civil mexiquense con los criterios más recientes y avanzados que predominan en la Doctrina nacional e internacional y que han sido respaldados por los diversos criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y diversos Tribunales Colegiados de Circuito, siendo además consistente con la innovadora reforma legal que se realizó al Código de Procedimientos

Civiles del Estado en 2009. Otras legislaciones locales, como la del Distrito Federal y la del estado de Nuevo León, ya han establecido la presunción legal que se propone. Por tanto, con la reforma se estaría colocando a la legislación civil mexiquense a la vanguardia en materia de filiación, de los juicios de reconocimiento de paternidad y maternidad y de la prueba pericial en materia de genética, esfuerzo iniciado en 2009 a través de la reforma apuntada.

Sin embargo resulta importante apuntar que la implementación de la propuesta de reforma legal planteada en la presente investigación, deberá darse, con toda probabilidad, en el contexto de una reforma más amplia que se requiere en materia de filiación, concretamente en el Código Civil estatal. Como fue apuntado durante el desarrollo principalmente de los dos primeros capítulos, la regulación que hace dicho ordenamiento de la materia de filiación, resulta a todas luces obsoleta de acuerdo a los cambios tendencias más recientes que predominan en la sociedad y en el Derecho Positivo mexicano, puesto que dicha legislación es más protectora de la familia unida en matrimonio y por tanto, de los hijos nacidos dentro de matrimonio, que de la filiación, regulando tal materia casi exactamente en los mismos términos en que lo hacían tradicionalmente las legislaciones del siglo pasado, verbigracia, el Código Civil para el Distrito Federal de 1928. Ejemplo de lo anacrónica que resulta la legislación civil mexiquense en materia de filiación lo constituye el hecho de restringir la posibilidad de investigar la paternidad a unas cuantas causales —y lo que es peor, exigir un principio de prueba para poder hacerlo, cuando resulta de sentido común que dada la evolución de la sociedad y de las relaciones fuera del matrimonio, muchas veces no existe tal principio de prueba—, pasando por alto que de acuerdo a diversos tratados internacionales, leyes de carácter federal y aún local (en el

artículo 5.16 del Código de Procedimientos Civiles estatal), así como en la propia Constitución General de la República, se ha establecido el interés superior del menor y su derecho a la identidad como derecho fundamental, por lo que resulta verdaderamente absurda supeditar su posibilidad de reclamar su identidad a unas cuantas hipótesis.

Otra situación que vale la pena puntualizar, es el hecho de que, tal y como se encuentra redactado actualmente el Código Civil estatal (artículo 4.162), se desprendería que a través de la vía judicial, se podría demandar el reconocimiento sólo de la paternidad, puesto que la maternidad no representaría mayor problema al encontrarse acreditada por el solo hecho del nacimiento, pasando por alto que con los avances científicos y tecnológicos más recientes, cuestiones que en el pasado parecían imposibles, tales como la fecundación asistida, la renta de vientres, etc., ahora son posibles y generan una problemática particular que en todo caso, determinaría la necesidad de investigar la maternidad.

Consecuentemente, resulta necesaria una revisión profunda de los preceptos legales que regulan la materia de filiación en el Código Civil para el Estado de México, que comprenda una apreciación más abierta de la filiación, tomando en cuenta los cambios sociales, culturales y científicos, cuyo objetivo primordial sea el descubrimiento de la verdadera paternidad y maternidad y que vele en todo momento por el interés superior del menor y el derecho fundamental que tiene a la identidad y a todas las consecuencias jurídicas que de la misma se desprende.

En este marco es el que se inserta la propuesta del presente trabajo de investigación de introducir en la legislación sustantiva civil mexiquense la presunción legal de paternidad y maternidad en caso de negativa del

presunto progenitor para la toma de muestras requerida para la práctica de la diligencia. Con ello, tal y como se ha mencionado previamente, se estaría actualizando y ajustando plenamente la ley local a los criterios predominantes en la Jurisprudencia, Doctrina y otras legislaciones y se regularía lo concerniente a la prueba científica del ADN, como el medio probatorio idóneo para acreditar la relación paterno-filial, y sobre todo, a través del mecanismo de la presunción legal, se conciliarían dos derechos fundamentales aparentemente antagónicos: por una parte, el derecho del menor a la identidad y por la otra, el derecho del demandado a la intimidad, estableciendo la preeminencia del primero sobre el segundo, pero sin violentar éste último.

Una última reflexión que vale la pena realizar, es que, por regla general, el conocimiento científico avanza y evoluciona más rápido que las Ciencias Sociales en general, y que la norma jurídica en particular. Por ende, resulta fundamental que ésta última se actualice y trate de regular los diversos supuestos de hecho y de derecho que las innovaciones científicas y tecnológicas, así como los profundos cambios culturales, políticos y sociales van generando. Ello pasa, necesariamente, por la necesidad de rescatar la importancia de la prueba científica, como en el caso de la prueba del ADN que constituye la herramienta útil e idónea para dilucidar el hasta hace poco complejo mundo de las relaciones paterno-filiales. De igual manera, resulta también imprescindible preservar el respeto irrestricto a los Derechos Fundamentales de los gobernados, a través de mecanismos jurídicos y legales novedosos y eficaces. Es precisamente en dicho contexto, en el cual se justifica la realización y desarrollo de trabajos de investigación como el presente, que constituyen un modesto esfuerzo por contribuir a la discusión sobre algunos de los temas jurídicos más relevantes, que se gesta actualmente en la Ciencia del Derecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA.– En principio, la filiación constituye una relación biológica entre progenitores y descendientes, teniendo consecuencias jurídicas después de su establecimiento en la Ley; es decir, no es una institución creada, sino un hecho natural que el derecho acepta, reconoce y regula, inspirado en un criterio de protección basado en la naturaleza y el interés social. Jurídicamente, puede ser definido como la relación de derecho que existe entre los hijos respecto al padre o la madre, vista desde el punto de vista de los primeros, pues esta misma relación desde la perspectiva del padre o de la madre, recibe el nombre de paternidad o maternidad.

SEGUNDA.– Tradicionalmente se ha dividido a la filiación en dos categorías: la legítima, derivada del matrimonio y la natural o extra matrimonial. A través de la historia, la filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio no ha sido puesta en discusión, más los hijos nacidos fuera del matrimonio, comúnmente han estado colocados en una situación de injusta inferioridad, situación que se prolongó en el Derecho Positivo Mexicano hasta bien entrado el siglo pasado. Actualmente, en el Distrito Federal no existen pautas de discriminación contra los hijos, reconociéndoseles a todos el mismo estado y los mismos derechos; no obstante, en la legislación civil mexiquense aún existen reminiscencias de dicha distinción, específicamente, en tratándose de la prueba de la filiación fuera del matrimonio, al establecerse en el artículo 4.175 del Código Civil, causales para autorizar la investigación de la paternidad en forma limitativa e incluso exigiendo un principio de prueba contra el presunto padre.

TERCERA.— Entre los derechos derivados de la filiación, que son igualmente aplicables para los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio se encuentran en derecho a llevar los apellidos paterno y materno; la obligación de los padres de proporcionar alimentos a los hijos; la patria potestad que comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección; derecho a heredar por sucesión legítima; así como algunas prohibiciones y consecuencias en los ámbitos civil (tal como la de contraer matrimonio) y penal (verbigracia, la existencia de tal vínculo podría traducirse en una agravante para la punibilidad en determinados delitos).

CUARTA.— La prueba de la filiación depende si los hijos nacieron dentro o fuera del matrimonio. En el caso de la filiación matrimonial, en relación a la madre resulta de fácil prueba directa, derivada del hecho biológico comprobable. En el caso del padre, a través de la presunción *iuris tantum* establecida en la Ley. En todo caso, la prueba de dicha filiación se acredita con el acta de nacimiento y la de matrimonio de sus padres, y a falta de aquéllas con la posesión constante de estado de hijo u otros medios de prueba prevista en la Ley. Obviamente, es susceptible de impugnarse la paternidad y la maternidad, así como reclamar el estado de hijo. En la filiación extra matrimonial, en relación a la madre, normalmente se prueba por el solo hecho del nacimiento, en tanto que en relación al padre —y excepcionalmente también respecto de la madre— se establece por reconocimiento (acto jurídico por virtud del cual se asumen todos los derechos y obligaciones que la Ley impone al padre o a la madre en relación al hijo) y por sentencia que declare la paternidad, por parte

del órgano jurisdiccional, habiendo ejercitado la acción de reclamación o de investigación de paternidad.

QUINTA.– Los menores nacidos fuera de matrimonio tienen la posibilidad de acudir a los tribunales a efecto de demandar el reconocimiento de la paternidad y de la maternidad, a efecto de que, substanciado el proceso, se emita sentencia que declare la relación paterno-filial. En cuanto a la investigación de la paternidad, el numeral 4.175 del Código Civil del estado establece en forma limitativa los casos en que resulta procedente tal investigación, estableciendo como una de las hipótesis que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre, lo que a todas luces constituye una reminiscencia de la discriminación hacia los hijos habidos fuera del matrimonio, que en cierto modo se inclinaba a establecer la filiación por el acto voluntario de reconocimiento del padre, restringiendo y obstaculizando el derecho fundamental que tiene todo menor a la identidad y a la filiación y las importantes consecuencias jurídicas que se derivan de éstas, al exigirse la preexistencia de un principio de prueba, que muchas veces no existe. Asimismo, también es factible la investigación de la maternidad, excepto cuando tenga por objeto atribuir la relación paterno-filial a una mujer casada. Las acciones de investigación tanto de paternidad o maternidad no prescribirían de acuerdo con la legislación civil estatal.

SEXTA.– El marco normativo de la filiación encuentra su base en el artículo 4º de la Constitución General de la República que protege los derechos de los niños y las niñas, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, que contempla su derecho a la identidad y a las relaciones

familiares. Asimismo, siguiendo la pirámide kelseniana de la jerarquización de las normas, la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, de carácter federal, contempla como principio rector de la protección de sus derechos, el del interés superior de la infancia, estableciéndose la obligación para la Federación, el Distrito Federal y los estados de expedir las normas necesarias para el cumplimiento de dicha Ley, que concibe al derecho a la identidad como la posibilidad de contar con nombre y apellidos, tener una nacionalidad, conocer su filiación y origen, así como pertenecer a un grupo cultural.

SÉPTIMA.– El Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México son las dos normas locales que contienen diversos preceptos relacionados con la filiación. Precisamente derivado de la reforma legal realizada el 19 de Febrero de 2009 al ordenamiento adjetivo indicado, las cuestiones relativas a la paternidad y maternidad deberán dilucidarse a través de la vía de Controversias sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar. Asimismo, efectuado un análisis comparativo entre los Códigos Civiles del Estado de México y del Distrito Federal, es posible inferir que el primero se encuentra desfasado en la regulación que hace del tema de la filiación, con preceptos que prácticamente son una copia de los que contenía el ya abrogado Código Civil distrital de 1928, que servía de base para la mayoría de legislaciones estatales, lo cual es especialmente visible en temas como el de la prueba de la filiación y la homologación expresa de derechos derivados de la filiación con independencia de su origen. De igual modo, el ordenamiento en comento tampoco se encuentra en concordancia con los criterios jurisprudenciales más recientes que se han formulado a partir del derecho fundamental a la identidad por parte de los menores y la posibilidad de

demostrar la filiación por cualquier medio de prueba, incluyendo las pruebas científicas y biológicas.

OCTAVA.- Partiendo de la base de que la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla, sólo los hechos dudosos o controvertidos serán objeto de prueba, correspondiendo al actor probar los hechos constitutivos de su acción y al demandado los de sus defensas y excepciones. Entre los medios de prueba reconocidos por la Ley se encuentran los dictámenes periciales, que son básicamente el juicio emitido por personas que cuenta con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte (peritos), con el objeto de esclarecer algún o algunos hechos materia de la controversia. Tal probanza cumple con una doble función: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan de la cultura común del Juez y por la otra suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del Juez sobre tales hechos.

NOVENA.- El descubrimiento de la estructura de la molécula del Ácido Desoxirribonucleico (ADN) constituye el antecedente más importante de la prueba pericial genética molecular del ADN. Dicha molécula contiene toda la información genética de todas las especies, siendo única la composición hereditaria o genética de cada ser vivo. La identificación con ADN o "huella genética" se basa esencialmente en el estudio de una serie de fragmentos altamente polifórmicos de ADN presentes en todos los individuos; obteniéndose el perfil de ADN mediante la técnica denominada electroforesis. Dentro de los requerimientos para su correcta

aplicación deben señalarse principalmente la capacitación de personal de laboratorios, así como que se obtenga una muestra de tejido que contenga células en cantidad suficiente, generalmente sangre. Tal prueba es usada para identificación humana en materia forense y en investigación de la paternidad. En la actualidad, dado que permite afirmar la existencia de paternidad o maternidad con una certeza de más de 99.99%, se ha convertido en un instrumento de singular importancia en los juicios que versan sobre dicha materia, al grado de ser considerados meramente periciales.

DÉCIMA.– El valor probatorio del peritaje depende de si está debidamente fundado, es decir, que tenga claridad en las conclusiones, firmeza o ausencia de vacilaciones, así como lógica relación entre conclusiones y los fundamentos que la respaldan, todo lo cual le dará o no eficacia probatoria, siendo importante que se hayan satisfecho las condiciones técnicas requeridas para la aplicación de la prueba. En tratándose de pruebas científicas resulta necesario que la evidencia científica sea relevante y fidedigna, habiendo sido obtenida a través del conocimiento científico. Por tanto, dado que a través de la prueba pericial del ADN es factible obtener el código genético humano y con ello determinar la existencia o inexistencia de la relación paterno-filial con un margen prácticamente mínimo de error, constituye el instrumento idóneo para determinar la identidad genética que le permitirá a los individuos confirmar su vínculo filial con cualquiera de sus progenitores, para derivar de él un complejo sistema de derechos y obligaciones, consideración en la que han coincidido los criterios predominantes más recientes en la jurisprudencia y doctrina nacionales e internacionales; enfatizando únicamente que la fiabilidad de su resultado dependerá también de que

se hayan satisfecho los requerimientos y condiciones técnicas para su práctica.

DÉCIMOPRIMERA.– El derecho a la identidad en el caso de los menores reviste el carácter de derecho fundamental, implicando el hecho de que el tengan la certeza de conocer quién es su progenitor, por lo cual constituye un principio de orden público, siendo parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica. Ello se traduce en que diversas normas de carácter internacional y de derecho interno hayan consagrado el principio del interés superior de la niñez, que en el caso específico de la filiación, da derecho a todas las consecuencias jurídicas resultantes de dicha figura, con la finalidad de satisfacer sus necesidades y así obtener una vida digna que permita su desarrollo.

DÉCILOSEGUNDA.– A efecto de practicar la prueba pericial del ADN en los juicios de reconocimiento de paternidad y maternidad, resulta necesaria la toma de muestras, generalmente de sangre. Sin embargo, la orden de realización forzosa de dicha prueba, en caso de negativa del presunto progenitor a aportar muestras podría traducirse en la violación de los derechos fundamentales de éste, si se toma en consideración que a través de dicha prueba se pueden poner en evidencia otras características o condiciones genéticas que son parte del patrimonio genético y que pertenecen a la más absoluta intimidad del ser humano. El hecho de obligar al individuo a presentarse en un lugar y hora determinados y tomarle muestras y practicar los exámenes de laboratorio podría constituir una afectación tanto a su libertad personal como a su integridad física, al reportarle además, una lesión corporal por leve que fuere, y sustraerle un

tejido celular que no le podría ser devuelto en caso de sentencia a su favor, por lo que podría constituir un acto de ejecución irreparable en su perjuicio, y por ende, una violación a sus Derechos Fundamentales.

DÉCIMOTERCERA.- La aparentemente insalvable contradicción entre el derecho a la identidad del menor y el derecho de intimidad por parte del presunto progenitor requiere tener como eje rector el interés superior del menor más sin menoscabar los derechos fundamentales del demandado. Para ello, la solución que han proporcionado los criterios de avanzada en la Doctrina, la Jurisprudencia y algunas legislaciones –además de la que se colige de la interpretación de los artículos 5.38 fracción II y 5.39 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México- y lo constituye la presunción *juris tantum* de la existencia de la relación paterno-filial, que se crea, a partir de la negativa u oposición del presunto progenitor a someterse a la prueba biológica, presunción que admite prueba en contrario. Tal presunción se justifica partiendo del axioma que resulta lógico suponer que quien no quiere devela la verdad, algo tiene que ocultar, así como de la obligación constitucional de colaborar con los tribunales y el principio de las cargas probatorias dinámicas. Además, se sustenta en el grado de fiabilidad y de certeza que tiene la prueba del ADN para determinar la existencia de la filiación, pues el actuar de otra manera implicaría hacer recaer sobre el hijo las consecuencias negativas siendo que la conducta es imputable al presunto progenitor. Tal solución preserva además el derecho a la intimidad por parte del presunto progenitor, puesto que efectivamente no puede ser obligado a que se le cause el acto de molestia consistente en la toma de muestra de un tejido celular de su organismo, evitando, por otra parte, desde un punto de vista práctico procesal, la suspensión y prolongación indefinida de los juicios de

paternidad. Por este último motivo, aunado a la fiabilidad y certeza de la prueba, se estima que tal presunción sería suficiente *per se*, para fundar una sentencia que declare la paternidad y maternidad, si bien es controvertible tal punto por la postura de la jurisprudencia nacional en el sentido de requerir la adminiculación de otros medios de prueba a la referida presunción para emitir una sentencia en ese sentido, si bien se observa una tendencia paulatino al cambio en dichos criterios jurisprudenciales, dada la especial naturaleza de la prueba científica.

DÉCIMOCUARTA.– Es propuesta de este trabajo de investigación la adición de un precepto legal dentro del capítulo correspondiente al reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, en el título relativo a la paternidad y filiación del Código Civil para el Estado de México, el artículo 4.177 BIS, a efecto de introducir en dicho ordenamiento sustantivo, la presunción de la paternidad y maternidad por negativa a la práctica de la prueba del ADN, así como algunos otros aspectos relevantes relacionados con la misma, tales la idoneidad de dicha probanza para acreditar la relación paterno-filial y la posibilidad de demostrar tal relación a través de cualquier medio de prueba, determinándose, por tanto que “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. La prueba pericial en genética constituye el medio idóneo para demostrar la filiación. Si habiéndose propuesto dicha probanza, el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria para efectuar dicho estudio, se presumirá la relación paterno-filial, salvo prueba en contrario. A efecto de que opere dicha presunción bastará que la autoridad judicial haga efectivo el apercibimiento decretado al presunto progenitor en términos

de ley, sin que sea necesario agotar medios de apremio para lograr su comparecencia para la práctica de tal probanza”.

DÉCIMOQUINTA.- A través de la reforma legal propuesta en esta investigación se lograría armonizar plenamente la legislación civil estatal con los criterios predominantes en la Doctrina, la Jurisprudencia y algunas legislaciones sustantivas de vanguardia, así como con el Código Procesal Civil estatal, en cuyos numerales 5.38 fracción II y 5.39 se establece una presunción equivalente genérica que opera para las controversias del orden familiar, siendo por ello necesario complementar dichas disposiciones con la correlativa reforma legal que se propone en el Código Civil, para establecer en el título correspondiente a la filiación (referido en su mayor parte a cuestiones relativas a la prueba de la filiación), la presunción legal apuntada, como una de las fuentes generadoras de la relación paterno-filial extramatrimonial cuando ésta derive de una acción judicial en materia de reconocimiento. También soporta lo anterior el hecho de que la Suprema Corte, al emitir jurisprudencia por contradicción de tesis, ha determinado que es posible inferir dicha presunción, aplicando por analogía los principios reguladores de la confesión ficta y del reconocimiento de documentos conforme al Código de Procedimientos Civiles. Finalmente, siendo congruentes con nuestra postura argüida en el desarrollo de esta investigación, se considera que es factible obviar la aplicación de medios de apremio con la finalidad de presentar al demandado al lugar de la prueba, puesto que no puede ser obligado a que se le tome la muestra, y en base al principio de economía procesal, resultaría suficiente con el apercibimiento decretado al demandado en el momento procesal oportuno, dada la existencia de la presunción legal.

DÉCIMOSEXTA.– La implementación de la reforma legal propuesta en esta investigación debe darse en el marco de una reforma mucho más amplia que requiere la materia de la filiación en el Código Civil para el Estado de México [congruente con la que se inició en el Código de Procedimientos Civiles en 2009], que verdaderamente homologue los derechos derivados de la filiación con independencia de su origen; que comprenda una apreciación más abierta de dicha institución que tome en cuenta los cambios sociales, culturales y científicos del mundo contemporáneo; cuyo objetivo primordial sea la determinación de la existencia o inexistencia de la relación paterno-filial; que vele en todo momento por el interés superior del menor y el derecho fundamental que tiene a la identidad y a todas las consecuencias jurídicas que de la misma se desprende, pero que a la vez garantice el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de los gobernados a través de mecanismos jurídicos y legales novedosos y eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARAZI, Roland, La Prueba en el Proceso Civil, La Rocca, Buenos Aires, 1998.
 2. ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho Procesal Civil, 3ª. ed., Porrúa, México, 1993.
 3. BAQUEIRO ROJAS, Edgar, BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, Oxford, México, 1990.
 4. CHAVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones jurídicas conyugales. Porrúa, México, 1990.
 5. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales, 5a. ed., Porrúa, México 2004.
 6. CHERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo, Prueba del ADN, Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2001.
 7. CHERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo, Prueba del ADN, Astrea, 2ª edición, Buenos Aires, Argentina, 2001.
 8. CIENFUEGOS SALGADO, David [et-al] Estudios en homenaje a Marcia Muños de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico, UNAM, México, 2006
- ✓ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *"El moderno tratamiento legal de la Filiación extramatrimonial en razón de la Ley 28457 y la acción intimidatoria de paternidad"*.

9. COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1958.
 10. CRUZ BARNEY, Óscar, La Codificación en México: 1821-1917, Una Aproximación, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
 11. DAVILA CORDERO SANCHEZ, Jorge A., Derecho Civil, UNAM, México, 1981.
 12. DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas, Familia, 23ª edición, Porrúa, Mexico, 2004.
 13. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22ª Edición, Ed. Rotapapel, España, 2001.
 14. Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica, Madrid, España, 2007.
 15. Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo F-L, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002.
 16. Enciclopedia Jurídica Omeba, *Derecho Civil, Familia y Sucesiones*, versión electrónica, Buenos Aires, Argentina, 2007.
 17. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Teoría General del Derecho Procesal, UNAM, México, 1992.
 18. FERRER BELTRÁN, Jordi [et-al] Estudios sobre la Prueba, UNAM, México, 2006.
- ✓ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, " *Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma*

de México, Ejecutoria dictada con motivo del Amparo en Revisión Número 1166/2005".

- ✓ TARUFFO, Michele, "*La Prueba Científica en el Proceso Civil*".
- 19. FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal, UNAM, México, 1991.
- 20. GARCIA LÓPEZ, Rafael. Responsabilidad Civil por Daño Moral. Doctrina y Jurisprudencia. José María Bosch Editor, España 1990.
- 21. GHERSI, Carlos (et al), Prueba de ADN. Genoma Humano, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004.
- 22. LOZANO RAMÍREZ, Raúl, Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar, Pac, México, 2005.
- 23. MAGALLON IBARRA, Jorge, Instituciones de Derecho Civil. Tomo III Derecho de Familia. 2ª Edición, Porrúa, México 2001.
- 24. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La Filiación, Rubenzal y Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- 25. MIZRAHI, Mauricio Luis, Identidad Filiatoria y Pruebas Biológicas, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- 26. MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia [et-al] Reflexiones en torno al Derecho Genómico, UNAM, México, 2002.
- ✓ BRENA SESMA, Ingrid, "*Informe sobre la Legislación en Materia de Derechos de la Personalidad y de la Familia relacionada con el Genoma Humano*".

27. OVALLE FAVELA, José, Derecho Procesal Civil, 8ª ed., Oxford University Press, México, 1999.
28. PEÑA AYAZO, Jairo Iván, Prueba Judicial. Análisis y Valoración, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, Colombia, 2008.
29. RAMIREZ VALENZUELA, Alejandro, Elementos de Derecho Civil, Limusa Noriega Editores, 6ª edición, México 1995.
30. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Introducción Personas y Familia. 36ª edición. Porrúa, México, 2005.
31. VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano, Porrúa, 11ª ed., México, 1992.

HEMEROGRAFÍA

1. GUEVARA PARDO, Guillermo, "*ADN: Historia de un éxito científico*", en Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia, Vol. III, Nos. 10 y 11, Bogotá, Colombia, 2004.
2. RANGEL VILLALOBOS, Héctor, "*La Prueba de Paternidad con ADN*", en Revista NOTICONAQUIC, Vol. 49, enero-marzo, 2010, México.
3. TELLO MORENO, Luisa Fernanda, "*Pruebas de ADN y presunción de la paternidad en los juicios de filiación*" en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Revista Derechos Humanos México, Año 1, No. 2, México, 2006.

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista, México, 2011.
2. Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 2011, versión electrónica disponible en Internet URL: *www2.ohchr.org*
3. Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, Sista, México, 2011.
4. Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, Guadalajara, México, 2011, versión electrónica disponible en Internet URL: *congresojal.gob.mx*
5. Código Civil para el Estado de México, Sista, México, 2011.
6. Código Civil para el Distrito Federal, Sista, México, 2011.
7. Código Civil para el estado de Nuevo León, Porrúa, México, 2010.
8. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, Sista, México, 2011.
9. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Sista, México, 2011.
10. Código de Procedimientos Civiles para el estado de Nuevo León, Porrúa, México, 2010.
11. Reglamento del Registro Civil del Estado de México, Sista, México, 2011.

OTRAS FUENTES

1. Disco Óptico: Diccionario Jurídico 2003, Centro de Investigación, Compilación y Aplicación de Software Jurídico, México, 2003.
2. Diversas tesis aisladas, tesis jurisprudenciales, jurisprudencias por contradicción de tesis y ejecutorias en Disco Óptico: Jurisconsulta, 2010, Software Visual, México, marzo 2010.
3. Otras tesis y criterios jurisprudenciales en el sitio electrónico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Internet, URL: *www.scjn.gob.mx*