

LA PRUEBA EN LOS CASOS DE DESCONOCIMIENTO Y DE INVESTIGA- CIÓN DE LA PATERNIDAD EN LA CIUDAD DE MÉXICO

José Marcos Barroso Figueroa¹

SUMARIO: I. Introducción; II. La prueba en el desconocimiento de la paternidad;
III. La investigación de la maternidad o la paternidad.

I. Introducción

Los casos de desconocimiento y de investigación de la paternidad poseen un substrato común: reposan sobre el propósito de indagar si existe entre dos personas un vínculo biológico en virtud del cual una de ellas es, o no, padre (o madre) e hijo (o hija), la otra. La premisa que sentamos en el sentido de que lo que se busca es determinar la existencia o no de un vínculo biológico, delimita el ámbito de este breve trabajo; es decir, que prescindiremos de cualquiera alusión a los casos en que la paternidad o la maternidad surge de los métodos de reproducción asistida o del procedimiento de adopción. De lo que se trata es de averiguar si hay o no parentesco biológico.

No obstante que tenemos por cierto lo anteriormente afirmado, es evidente que el desconocimiento de la paternidad y la investigación de la misma se proyectan en sentidos opuestos, pues mientras en la primera se pretende fracturar una imputación legal de paternidad, en la segunda se intenta demostrar que hay un evento de procreación entre dos individuos; es por ello que, aunque de manera sucinta, nos referiremos a ambos supuestos separadamente.

¹ Profesor de Tiempo Completo, Nivel "C", por oposición, con antigüedad a partir del 1º de agosto de 1965. Director del Seminario de Derecho Civil. Turno Matutino.

II. La prueba en el desconocimiento de la paternidad

1. Presunciones de matrimonialidad del hijo

El desconocimiento de la paternidad supone como obvio antecedente la imputación de paternidad, imputación que tiene lugar en tratándose de los hijos de matrimonio y, de acuerdo con la ley de la Ciudad de México, también en cuanto a los de concubinato, hijos a los que mutatis mutandis se aplican las mismas reglas y soluciones que a los primeros, aunque tal aplicación entraña particulares problemas a los que nos referiremos más adelante.

En el caso de las personas unidas matrimonialmente, la legislación local consagra las presunciones de paternidad/maternidad, que se contienen en el artículo 324 del Código Civil:

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

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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

Se desprenden del artículo recién transcrito dos presunciones *juris tantum*, que por ser de esta índole es factible desvirtuarlas. La primera presume hijos de la pareja a los descendientes que nacieren cuando aquellos ya tenían la calidad de consortes, cualquiera que sea el tiempo transcurrido a partir de que se celebró su unión. Esto significa que en la legislación de la Ciudad de México, actualmente, no se requiere que el nacimiento tenga lugar tras el transcurso de un cierto tiempo, que, anteriormente (hasta la abrogación del Código Civil de 1928 en el año 2000), se expresaba diciendo que la condición de hijo matrimonial dependía de que el infante naciera en tiempo hábil, entendiéndose por tal el transcurrido a partir del matrimonio, que debería ser un lapso suficiente para suponer que el hijo fue concebido cuando sus progenitores ya estaban casados. El tiempo hábil surgía, conforme al precedente Código de 1928, transcurridos ciento ochenta días de ocurrido el matrimonio. El Código Civil actual, promulgado en el año 2000, no toma en cuenta el momento de la concepción, sino el momento del nacimiento, sin importar que éste pudiera ocurrir al día siguiente de las nupcias.

La segunda de las hipótesis reputa como hijos de los cónyuges a los nacidos

dentro de los trescientos días consecutivos a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de la nulidad del mismo, de muerte del consorte o de divorcio, en tanto no haya contraído nuevo matrimonio la exesposa, pudiendo computarse ese término en los casos de divorcio o nulidad, desde que, tanto de hecho como por decreto judicial, quedaron separados los esposos.

Las presunciones que encontramos en el artículo 324 del Código Civil fueron adoptadas para su aplicación en el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) por legislaciones anteriores a la vigente (que las reproduce literalmente), en un tiempo en que la maternidad se tenía por cierta siempre (conforme al aforismo latino *mater semper certa est*), debido a lo cual los medios para extinguirlas están previstos en la ley para su utilización exclusivamente por el cónyuge varón. Se trata de la acción de desconocimiento de la paternidad, que, según Planiol, consiste en aquella "...cuyo objeto es destruir la presunción de paternidad establecida contra el marido, en los casos en que no pueda ser el padre del hijo".²

Lo expresado por los autores citados evidencia que cuando se habla de desconocimiento de la paternidad se alude al supuesto del hijo que, por haber nacido de matrimonio, disfruta de las presunciones de matrimonialidad que para él derivan de la ley, pero cuya filiación es impugnada; impugnación que, de tener éxito, culmina con la aniquilación de las citadas presunciones. Cabe aclarar que la acción sólo es genuinamente de desconocimiento cuando la ejercita el presunto padre³.

Hasta no hace mucho tiempo, cuando se promovía el desconocimiento del hijo, el manejo de las presunciones de que hablamos no presentaba mayor dificultad si el hijo había nacido fuera del tiempo hábil, pues se reducía a cotejar fechas y hechos, y proceder en seguida a la operación matemática relativa.⁴ Con-

² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio, Tomo II. 2a. ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 140.

³ La acción es realmente de desconocimiento cuando la ejercita el pretendido padre, pues si la deducen sus herederos o su tutor, ya no es de desconocimiento, porque al no tratarse de un hijo de estas personas no hay razón para que lo desconozcan; a lo que proceden es a impugnar la filiación matrimonial, ya sea en cuanto al autor de la sucesión (los herederos) o el pupilo (el tutor), según sea el caso.

⁴ En efecto, se distinguía entre dos clases de desconocimiento: el por simple negación y el riguroso. Al desconocimiento por simple negación se podía proceder en dos hipótesis; la primera, cuando el presunto hijo no había nacido en tiempo hábil (que era el de ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio. Art. 324, frac. I,CCDF de 1928), en cuyo caso se sostenía que bastaba la mera denegación del marido, sin que tuviera que probar nada más para que el desconocimiento surtiera efectos; la "única condición puesta para esta negación es que

trastadamente, en nuestros días, la cuestión se ha tornado mucho más compleja, como se apreciará con posterioridad.

¿Qué debe actualmente probar el impugnador?. Que el hijo, a pesar de disfrutar de las presunciones legales de matrimonialidad, por haber nacido después de celebrado el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a que se decretó judicialmente y tuvo lugar de hecho la separación de los cónyuges, no pudo ser engendrado por el marido.⁵

Si el hijo nace dentro de los parámetros fijados por las presunciones legales, el desconocimiento sólo puede obtenerse mediante la prueba que considera idónea la ley; en el caso de la Ciudad de México, el artículo 325 del Código Civil:

Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

debe ser hecha judicialmente por medio de una acción de desconocimiento de la paternidad” (Mazeaud, Henry, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Volumen III*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 356). Así, se daba plena credibilidad al marido con fundamento en las presunciones legales, a menos que surgiera alguna de las circunstancias que conforme a la propia ley lo desmintiera, circunstancias que estaban previstas en el artículo 328 del Código Civil entonces vigente en el Distrito Federal. La segunda hipótesis de desconocimiento simple se actualizaba cuando el pretendido hijo nacía después de trescientos días de que, de hecho, habían quedado separados los consortes por mandamiento judicial; en este caso, el desconocimiento es posible por haber cesado entre los cónyuges la obligación de cohabitar, quedando eximido el marido de probar cualquiera otra circunstancia. El desconocimiento riguroso tenía lugar cuando el hijo había nacido disfrutando de las presunciones de matrimonialidad legales y sólo podía ser acreditado mediante prueba especificada en la ley.

⁵ Aclaremos que cuando el hijo nace después de que transcurran trescientos días de la separación de facto y judicial de los cónyuges, sí es preciso el desconocimiento y mientras no se obtenga el hijo continuará imputándose al marido, pues aún separados los consortes permanecen unidos matrimonialmente y se deben fidelidad, deber cuya violación implica adulterio; siendo así, el único varón que puede legalmente tener trato sexual con la mujer es su marido. En cambio, cuando el matrimonio ha quedado disuelto, el deber de fidelidad desaparece y la para entonces exesposa puede relacionarse sexualmente con quien mejor le acomode, por lo cual, si ella tiene un hijo más allá de los trescientos días de la disolución, ese hijo es extramatrimonial y el marido no requiere desconocerlo.

En términos del precepto transcrito, el marido, para desvirtuar que el hijo fue engendrado por él, dispone de dos alternativas. O bien comprobar que físicamente no pudo haber tenido relaciones sexuales con su consorte dentro de los primeros cuatro meses de los diez anteriores al nacimiento, o bien, mediante la prueba de compatibilidad inmunogenética, demostrar que no tiene vínculo biológico con el supuesto hijo.

La primera de las dos circunstancias aludidas reposa sobre el dato que proporciona la genética, en cuanto a que el nacimiento de un infante supone su necesario engendramiento dentro de los primeros cuatro meses de los diez previos al nacimiento. Si esto no es así, existe imposibilidad física para que se le considere procreado por el consorte. Las causas de las que puede derivar esta imposibilidad son variadas, como es el caso de la lejanía entre los cónyuges; por ejemplo, si uno de ellos permanece fuera del país sin retornar en momento alguno durante un año, mientras que el otro no ha salido de él por el mismo lapso; otro caso podría tener lugar cuando el cónyuge en un accidente hubiera sufrido la mutilación del miembro.

La segunda de las oportunidades otorgadas al cónyuge radica en llevar a cabo la prueba de pericia hematológica, a fin de demostrar que existe incompatibilidad genética entre los presuntos hijo y padre. Esta prueba posee una eficacia tal que, si es efectuada pulcramente, puede calificarse sin ambages de total: conduce a establecer lo que se ha llamado la verdad biológica. Verruno y Haas destacan que la probanza a que nos referimos genera una convicción total; no lo podrían haber expresado mejor, cuando refiriéndose a la combinación de los índices de probabilidad acumulada aseveran que presenta “una certeza aún mayor que si el progenitor dejara las huellas digitales gravadas en el niño”.⁶

2. Características de la acción de desconocimiento

La acción de desconocimiento de la paternidad posee las siguientes características:

1a. Es una decisión personal aunque no personalísima del progenitor. Es personal, porque mientras él viva, es el único que puede reclamar contra la filiación del hijo (art. 345, in fine, CC),⁷ pero no personalísima, porque si interpuso la

⁶ VERRUNO, LUIS y HAAS, J.C Emilio, Manual para la Investigación de la Filiación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, p. 40.

⁷ Artículo 345.- No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al padre. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo.

demanda en vida, a su muerte sus herederos pueden continuarla (mas no iniciarla, art. 333, parte inicial, a contrario sensu, CC).⁸ Cuando el cónyuge está bajo tutela, corresponde al tutor impugnar la paternidad, y si muere incapaz, haya o no tenido tutor, la impugnación podrán hacerla los herederos (arts. 331 y 332 CC); en estos dos postreros casos, la acción será de impugnación no de desconocimiento de la paternidad.⁹

2a. Está sujeta a caducidad. El marido debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento (art. 330 CC) y, si está sujeto a tutela, el plazo comenzará a correr a partir de que, habiendo salido de ésta, se declare legalmente que ha cesado el impedimento (art. 331, in fine, CC). Si el cónyuge falleció en estado de incapacidad sin haber interpuesto la demanda, sus herederos podrán deducirla dentro de “sesenta días contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes de padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia” (art. 333 CC).

3a. Requiere el nacimiento (en sentido jurídico) del presunto hijo. No procede si se intenta cuando el hijo se encuentra aún en proceso de gestación; es indispensable que esté desprendido enteramente del seno materno y sobreviva veinticuatro horas, o bien, sea presentado vivo al Juez del Registro Civil, pues claramente expresa el artículo 337 del Código Civil, en su parte final, que si no se da alguna de estas dos “circunstancias no se podrá interponer demanda sobre paternidad o maternidad”. Esta solución legal se explica por razones de economía procesal, pues muy probablemente el legislador consideró que no tenía sentido hacer un juicio para desconocer a un pequeño que no se sabe si nacerá

⁸ Artículo 333.- Los herederos del cónyuge varón, excepto en los casos previstos en el artículo anterior, no pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda. En los demás casos, si el cónyuge ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia.

⁹ Artículo 331.- Si el cónyuge varón está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho podrá ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el cónyuge varón después de haber salido de la tutela, en el plazo señalado en el artículo anterior, mismo que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

Artículo 332.- Cuando el cónyuge varón, habiendo tenido o no tutor, hubiere muerto incapaz, los herederos podrán impugnar la paternidad, en los casos en que podría hacerlo el padre.

(en sentido biológico) o si, llegado el parto, fue alumbrado y vivió menos de un día contado de momento a momento.

3. La justificada parcialización del juez en favor del hijo ante la pretensión de desconocimiento de la paternidad

El desconocimiento de la paternidad trasciende a la afectación de derechos humanos de que es titular el presunto hijo, tales como el derecho a un nombre, a preservar tanto su identidad como sus relaciones familiares y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, derechos que consagran los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos de Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 20 de noviembre de 1989, y a la que México se adhirió, habiéndose publicado el Decreto de Promulgación relativo en el Diario Oficial del 25 de enero de 1991. ¿Por qué se afirma de que se afectarán estos derechos humanos? Porque si prospera la acción de desconocimiento, ello redundará en la pérdida por parte del menor, de su nombre y apellido paterno, desdibujándose consecuentemente su identidad inicial y diluyéndose en parte sus relaciones familiares, con la secuela de otros graves efectos lesivos para su persona.

Considerando lo anterior, el juzgador no debe mantenerse impasible si percibe que la defensa del hijo es poco eficaz, en cuyo caso puede llegar al extremo de suplir la deficiencia de la queja. Es esta la tendencia que orienta la acción de los tribunales federales mexicanos,¹⁰ misma que se vigorizará progresivamente con

¹⁰ DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD. AUN CUANDO EN EL JUICIO RELATIVO NO SEA PROMOVIDO EL AMPARO POR EL MENOR, EN ARAS DE SU INTERÉS SUPERIOR, PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.

El derecho a la identidad de los menores es un derecho humano protegido por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y reconocido en tratados internacionales, entre ellos, en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual se traduce en el derecho de los infantes a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nacen y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso de que las leyes lo prohíban, por lo que al estar en juego derechos de menores, al margen de que se afecten aun indirectamente tales derechos o de quién sea el que promueva el juicio de amparo, opera la suplencia de la queja, según criterio de nuestro Máximo Tribunal del País, lo cual resulta aplicable a los casos en que la acción intentada sea la de desconocimiento de paternidad de un menor, pues indefectiblemente que tal acción incide en el derecho a la identidad de él, ya que el fin de la acción de mérito es la investigación de paternidad que se erige como un medio para adecuar la verdad biológica a las relaciones de filiación, por lo que en términos del artículo 76 Bis, fracción V, de la Ley de Amparo, en aras del interés superior del menor, los conceptos de violación que al

la aprobación de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes el pasado año 2014, así como su reglamento en 2015; esta legislación tiene como objetivo primordial la protección y garantía de los derechos humanos de quienes viven esa etapa de la vida.

La parcialidad a favor de los intereses del descendiente que debe asumir el tribunal se justifica en los casos en que es notoria la situación de indefensión en que ha caído el menor. En el fondo, la inclinación que adopta el juez para velar por el interés del hijo a quien se pretende desconocer no fractura el tradicional principio que postula el derecho procesal civil, en el sentido de que debe prevalecer en el juicio la igualdad de las partes, pues esta igualdad está para regir entre quienes son iguales y no entre aquellos que de por sí, son desiguales. Si se insistiera en que se quebranta la citada igualdad, habrá que recordar que no estamos propiamente dentro del ámbito del derecho civil adjetivo, sino en el campo del derecho procesal familiar, donde no sólo son admisibles sino recomendables ciertas soluciones de las que el primero abominaría.

Dada la cobertura universal de los derechos humanos, es inconcuso que los detentan también los menores. Se pregunta Mónica González Contró: “¿Cómo se conjuga esto con la necesidad de protección en especial para los niños y el surgimiento de los derechos concretos para esta etapa de la vida humana?. La respuesta de muchos autores ha sido que los derechos de los niños son el resultado de lo que Bobbio identifica como el ‘proceso de especificación’ de los derechos humanos, en su evolución histórica”.¹¹ Agrega la notable investigadora González Contró que: “Según esta tesis, la formulación de los derechos de los niños deriva de considerarlos como titulares de derechos humanos, pero con ciertas necesidades que requieren de una protección determinada”,¹² aclarando enseguida que este razonamiento no está exento de dificultades.

En nuestros días constituye una tendencia irreversible la de que los juzgadores en los asuntos familiares procuren, sin perjuicio de mantener su función de impartidores de justicia, tutelar los intereses de los miembros débiles de la

respecto se hagan valer, incluso los esgrimidos por la parte que pretende tal desconocimiento, deben analizarse en suplencia de la queja”. Tesis aislada. Amparo Directo 196/2012. 21 de mayo de 2012 (cuaderno auxiliar 108/2012). Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y sus Gaceta. Libro XIII, octubre de 2012. Tomo 4. P. 2512.

¹¹ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2008, p. 333.

¹² *Ibidem*, p. 334.

familia, actitud que se enfatiza cuando se trata de asuntos que ventilan intereses de menores.

¿Hasta dónde debe llegar la participación del juez en los casos de desconocimiento de la paternidad? En estos casos, así como en los de investigación de la paternidad, la prueba que en los tribunales federales, incluida la Suprema Corte de Justicia, se considera definitiva, es la pericial genética, por lo que no puede omitirse si se quiere alcanzar certidumbre. Pero, ¿debe el juzgador procurar a toda costa establecer la verdad biológica, ordenando invariablemente la práctica de esa prueba, independientemente de que la ofrezcan o no las partes? Esta interrogante debe ser respondida negativamente.

Partamos de que el hijo nacido de cónyuges disfruta de la presunción de matrimonialidad que acredita su filiación, por lo cual toca al presunto padre destruir tal presunción y, consecuentemente, soportar la carga de la prueba al respecto; de modo que si el juez de alguna manera favorece la pretensión del actor, decretando oficiosamente el desahogo de esta prueba o de cualquiera otra que conduzca al buen éxito de la acción de desconocimiento, perjudicaría el interés superior del infante, lo que es inadmisibles, pues lo despojaría de derechos fundamentales. Por tanto, el juzgador debe abstenerse de decretar la práctica de la prueba pericial en genética, tratándose de juicios de desconocimiento de la paternidad, según lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹³ La carga de la

¹³ DESCONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EN EL JUICIO INCOADO POR EL CÓNYUGE VARÓN, EL JUEZ NO DEBE ORDENAR OFICIOSAMENTE LA PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR.

En la jurisprudencia de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1a./J. 30/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 1, marzo de 2013, página 401, de rubro: “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. PARA PRESERVARLO, EL JUZGADOR ESTÁ FACULTADO PARA RECABAR Y DESAHOGAR DE OFICIO LAS PRUEBAS QUE CONSIDERE NECESARIAS.”, se estableció que el juzgador está facultado para recabar de oficio las pruebas necesarias para preservar el interés superior del menor. Sin embargo, en el juicio de desconocimiento de paternidad incoado por el cónyuge varón, dicho interés no guarda identificación plena con la pretensión del actor, por lo que la obligación imperiosa de otorgar una protección legal reforzada al menor, proveyendo lo necesario para el respeto pleno de sus derechos, no se traduce en el desahogo, perfección, ampliación o repetición oficiosa de la prueba pericial en genética molecular, cuya valoración podría dejar al niño en incertidumbre filiatoria. Este caso es muy distinto al que se enfrenta el juzgador en un juicio de reconocimiento de paternidad, en el que efectivamente está en juego el derecho humano de un menor de edad a obtener su identidad y establecer la filiación, misma que trae aparejada una pluralidad muy relevante de derechos. El supuesto en el juicio de desconocimiento de paternidad es justamente el inverso: el desahogo de la probanza podrá, eventualmente, desembocar en la pérdida de dicho cúmulo de derechos. En este

prueba debe corresponder por entero a quien pretende desconocer a su presunto descendiente.

III. La investigación de la maternidad o la paternidad

Previo a emprender el estudio de lo concerniente a la investigación de la maternidad y de la paternidad, destaquemos la gran diferencia que media entre ambas, pues mientras la maternidad está impregnada de certeza, derivada de datos sensorialmente perceptibles que proporciona la naturaleza, no ocurre de igual manera al tratarse de la paternidad, por lo cual habrá que crear certidumbre acerca de la identidad del engendrador. Dada la diferencia señalada, la investigación de la maternidad o de la paternidad deben ser abordadas separadamente.

1. Investigación de la maternidad

En el Derecho vigente en la Ciudad de México se concede expresamente al hijo y a sus descendientes la facultad de proceder a la investigación de la maternidad, siempre y cuando la indagación no tenga el propósito de atribuir la procreación del hijo a una mujer casada (art. 385 CC).

¿Qué debe probar el actor en el juicio? Fundamentalmente:

1o.- El parto de la mujer a quien se imputa la maternidad.

2o.- La coincidencia de identidad entre el descendiente imputado y el hijo parido por la mujer.

En cuanto a la prueba admisible para acreditar los extremos referidos, el artículo 382 del Código Civil expresa: “La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios”, reiterando el 385 en referencia específica a la maternidad, que ésta “puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios”.

Con objeto de facilitar al hijo la posibilidad de rendir la prueba de compatibilidad inmunogenética, el artículo 382 también del Código Civil incluye la importantísima y trascendental prescripción consistente en que: “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”.

orden de ideas, le corresponde al actor la carga procesal de acreditar su pretensión y desvirtuar la pretensión legal de paternidad derivada del matrimonio. Tesis aislada, Amparo directo en revisión 1321/2013, 4 de septiembre de 2013, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, p. 650.

2. Investigación de la paternidad

La prueba de que un determinado varón fue quien engendró a un cierto menor origina muy complejos problemas que en un tiempo no muy distante eran poco menos que irresolubles y que, en todo caso, cualquiera que fuera el resultado, frecuentemente dejaba en los involucrados la huella inquietante de la duda. El advenimiento de la prueba de pericia biológica ha contribuido a disipar al espectro de la sospecha.

Hacia fines del siglo pasado, valorando el carácter conclusivo de la prueba de compatibilidad inmunogenética, reflexionábamos acerca de los muchos obstáculos y contratiempos que debía superar aquel que aspiraba a comprobar que existía vínculo paterno-filial entre dos personas, cuando se actuaba sin el auxilio de la prueba científica. Escribíamos:

¿De qué manera debe proceder quien arrostra las dificultades que entraña el establecimiento de que un hijo lo es de un determinado padre, en un juicio de investigación de la paternidad?. El litigante en este caso, enfrenta el problema de dar credibilidad a su pretensión, por lo cual debe aportar los elementos dirigidos a crear en el ánimo del juzgador la certeza absoluta de que el demandado es el procreador.

En ausencia de la prueba basada en la pericia genética, el actor debe recurrir a elementos tales como fotografías (que de alguna manera sugieran la relación íntima entre el presunto padre y la progenitora), cartas (quizá algún renglón revele la aceptación que de su paternidad hace el imputado), testimonios de amigos de la pareja supuestamente procreadora, documentos diversos (por ejemplo, copia del recibo de pago extendido por la clínica de maternidad al presunto padre) y otras probanzas más de las que se deduzca la estrecha relación habida durante la época de la concepción del hijo, entre la madre y aquel a quien se pretende es el padre.

La compilación y aporte de estos elementos de prueba es siempre una tarea laboriosa, tardada, molesta para la dignidad y, a menudo, infructuosa.

Recuérdese que la defensa clásica en estos casos, es la comprobación de que la madre solía tener relaciones más o menos íntimas, con una pluralidad de individuos. De modo que aunque se demuestre que, en efecto, el presunto padre pudo tener acceso carnal con la madre en tiempos de la concepción, al no ser el único, se crea confusión sobre quién de todos los participantes, es finalmente el engendrador.¹⁴

¹⁴ BARROSO FIGUEROA, José, *op.cit.*, pp. 35 y 36. A pie de página y en relación a lo planteado en el

En la actualidad es relativamente fácil eludir todas estas afflictivas incidencias recurriendo al empleo de la prueba hematológica que, como hemos destacado, es susceptible de generar convicción total. Incrementa la trascendencia de esta prueba el hecho, como también anotamos anteriormente, de que el artículo 382 del Código Civil, después de admitirla expresamente, disponga que si el presunto progenitor se negare a proporcionar la muestra necesaria, “se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre”. La consecuencia inmediata de tal norma es que invierte la carga de la prueba, que ya no tendrá que soportarla el actor sino el imputado progenitor. La presunción en comentario está respaldada por la experiencia humana, pues es lógico suponer que si el presunto padre se resiste a aportar la muestra necesaria es porque abriga la convicción de que, de realizarse ésta, quedará demostrada su paternidad.

La apertura de los tribunales, en cuanto a la aplicación de esta presunción, no recorrió un camino exento de dificultades. La obligación que se impone al presunto progenitor de aportar la muestra necesaria fue tildada de inconstitucional, por dos razones:

1a. La presunción contraviene el derecho humano garantizado constitucionalmente, de guardar silencio.

Se alega al respecto que nadie puede ser compelido a autoincriminarse, a aportar una prueba que finalmente se volverá en su contra. A esto se responde que la tutela constitucional de que se trata, es decir el derecho a la no autoincriminación (guardando silencio) fue creado, al decir de Bossert y Zannoni,¹⁵ para el derecho penal, además de que, por encima de ese derecho está el de a la identidad, consagrado a favor del menor, derecho que también disfruta de protección constitucional.

postrer párrafo de la transcripción, se recuerda que el Código Civil Alemán en su artículo 1717, dispone que “se tiene como padre a quien haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de la concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de ese tiempo...etc.”.

¹⁵ Refiriéndose a la situación que nos ocupa, pero contemplada a la luz de la legislación argentina, Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni, comentan: “Se ha sostenido que la presunción que establece la ley resultaría inconstitucional, pues colisiona con un principio superior garantizado por la Constitución Nacional, esto es, que nadie está obligado a declarar contra sí mismo. A nuestro juicio, la argumentación no es válida pues si bien la garantía es operante en materia penal, en el caso está en juego, por otra parte, el derecho a establecer la propia identidad, también garantizado por la constitución, sobre todo después de la incorporación de las declaraciones y tratados internacionales que enumera el art. 75, inc. 22, merced a la reforma de 1994 (en especial, el art. 7° de la Convención Sobre los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23. 849)” (Manual de Derecho de Familia, 5ª Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001. p. 467).

2a. La presunción obliga al demandado a someterse a una actuación, la prueba pericial en genética, cuyo desahogo implica una afectación de imposible reparación susceptible de violar sus derechos fundamentales.

En el mes de marzo de 2003, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó la jurisprudencia por contradicción núm. 81/2002-PS, que resolvió la existente entre las tesis sustentadas en los amparos 451/2011, por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito, y 183/2011 del Segundo Tribunal Colegiado, ambos residentes en la Ciudad de Aguascalientes, estado del mismo nombre. En el sumario de la tesis aludida se dice:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído 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. (Semana Judicial de la Federación. Novena Época. Primera Sala. Tomo XVII. Tesis 1ª. J/17/2003. P. 88).

En síntesis, el Tercer Tribunal Colegiado sostuvo que la prueba pericial en cuestión entrañaba, para el sometido a ella, un acto de imposible reparación, pues la toma del material orgánico necesario puede atentar contra su integridad corporal, con lo que se afectan sus derechos no sólo procesales sino también sus-

tantivos, que están protegidos constitucionalmente, agregando que la afectación sufrida no desaparecerá porque el afectado obtenga una sentencia favorable.

En contraste, el Segundo Tribunal Colegiado, apoyándose en lo alegado por la tercera perjudicada en el caso que conoció, sostuvo que la toma de muestras del ADN no afecta la integridad corporal del demandado, por lo cual no se violan sus garantías individuales (ahora derechos humanos) e incluso la mera toma de la muestra de sangre, cabello o saliva no ocasiona sino minúscula molestia, a quien la proporciona.

La postura asumida por el Máximo Tribunal Mexicano causó desconcierto en los medios académicos, pues parecía militar en contra de su tradicional tendencia protectora de los intereses de los menores, ya que la citada jurisprudencia prácticamente hacía inoperante la presunción establecida por el artículo 282 del Código Civil.

Correspondió a los tribunales colegiados de circuito rescatar la operancia del repetido artículo 282, sustentando la que prevaleció como genuina interpretación de la tesis jurisprudencial en comentario:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. CONTRA SU ADMISIÓN PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO POR SER TRASCENDENTE SU DESAHOGO (INTERPRETACIÓN Y ALCANCES DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 17/2003). De una interpretación integral de la jurisprudencia 1a./J. 17/2003, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: “PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA.”, y de la ejecutoria de la cual derivó, se desprende que la misma se refiere únicamente a que en el particular se está en presencia de un caso excepcional respecto del cual sí procede el juicio de amparo indirecto por el aspecto de irreparabilidad que pudiera traer consigo el desahogo de la prueba pericial en materia genética, ello, porque si bien con ésta es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer la existencia de un vínculo de parentesco, también pueden obtenerse, contra la voluntad del afectado, otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, ajenas a la litis, razón por la cual debe ser sometida a un análisis constitucional, es decir, la mencionada jurisprudencia se refiere sólo a la procedibilidad del juicio de garantías y no a que la prueba genética sea inconstitucional en sí misma. Por otra parte, no debe pasar inadvertido que dicha ejecutoria (no la jurisprudencia en sí) toca cuestiones que atañen al fondo del asunto, pues señala que la admisión y desahogo de la prueba pericial

en materia genética para determinar la huella genética, puede traer consigo la consecuente afectación de derechos sustantivos, sin embargo, es muy clara al precisar que tal afectación sólo podría darse en caso de que se permita cuando se practique en la persona del afectado sin ninguna restricción, ya que podría traducirse en una invasión a su intimidad y a su individualidad, por lo que la valoración constitucional que al efecto haga el Juez de amparo para determinar los alcances y las restricciones que deben imponerse en el desahogo de dicha prueba, ha de hacerse vinculando los extremos que se pretenden probar en el cuestionario sobre el que el perito debe rendir su dictamen, para así valorar si este último se ciñe o no a la materia de la prueba. Es decir, en términos de la jurisprudencia 1a./J. 17/2003, procede el juicio de amparo indirecto contra la admisión de la prueba de genética (ADN), por ser trascendente su desahogo y, posteriormente, la constitucionalidad se decidirá atendiendo a los conceptos de violación en relación con los extremos que pretenden acreditarse con la prueba. (Tesis aislada. Amparo en revisión 5/2004. 20 de febrero de 2004. Tercer Tribunal de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, Junio de 2004. Pág. 1459).

A manera de colofón sobre el punto que estudiamos, formularemos el siguiente comentario: nos parece que el argumento más contundente de los esgrimidos en contra de la admisión de la prueba genética es el de que pone al descubierto la intimidad del demandado, por ser susceptible de revelar condiciones fisiológicas de éste ajenas a la litis del juicio, condiciones cuya secrecía interesa guardar al demandado. Esta objeción puede ser rebatida con éxito desde el punto de vista científico.

La distinguida investigadora Dra. Ingrid Brena Sesma, al proceder al estudio analítico de la jurisprudencia por contradicción 81/2002–PS, puso en claro que: “La prueba para determinar la paternidad o la maternidad no aporta información sobre las características biológicas de las personas analizadas ya que se realiza en la estructura no codificante del ADN y es la codificante o genética del ADN donde se encuentra la información sobre las enfermedades o disposición a padecerlas”.¹⁶

Nuevas tesis supervenientes a la transcrita consolidaron progresivamente el criterio favorable a la aplicación de la presunción materia de este comentario;

¹⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Prueba Pericial en Genética. Su admisión es de imposible reparación, ya que afecta un derecho sustantivo, Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005. p. 54.

inclusive, confrontando en cuanto a su importancia el derecho que tiene el demandado a su intimidad o privacidad individual con el que asiste al menor, se consideró preponderante el segundo y, en consecuencia, procedente el desahogo de la prueba genética, a efecto de esclarecer en un juicio de desconocimiento o de investigación de la paternidad, si existe o no vínculo biológico entre los involucrados.

PERICIAL EN GENÉTICA. SU DESAHOGO ES PREPONDERANTE EN UN JUICIO DE DESCONOCIMIENTO O RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO A LA PRIVACÍA O INTIMIDAD. Tratándose de la investigación de la paternidad legal para esclarecer lo planteado en un asunto de desconocimiento o reconocimiento de paternidad, debe prevalecer esa prerrogativa en orden con la de intimidad o privacidad, en razón a que en un conflicto de esa naturaleza sustantiva, el conocimiento o averiguación dirigida a saber quién es el progenitor deviene predominante al derivar del supremo derecho del menor a obtener, entre otros, su identidad y filiación, alimentos, casa, educación, vestido, atención médica, etcétera, 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. Además, si bien es exacto que la protección a la intimidad se puede afectar con el desahogo de la prueba pericial en genética, que es la idónea para demostrar científica y biológicamente la relación paterno filial, e implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio traducidos en la toma de muestras de tejidos sanguíneos u orgánicos que podrían poner al descubierto otras características genéticas, como diversos aspectos patológicos o de conducta que nada tengan que ver con la paternidad que se busca dilucidar, no menos verídico resulta que para preservar tal derecho a la intimidad el desahogo de dicha probanza se debe limitar mediante niveles de control y acceso a esa información confidencial, esto es, que el juzgador ha de velar porque en la práctica dicha pericial se lleve a cabo con las medidas de discreción, de reserva y sanitarias para salvaguardar el estado de salud de los progenitores y del propio menor. Incluso es patente que la información que se obtenga de dicho procedimiento científico será concreta y objetiva, sólo para resolver la cuestión controvertida. De consiguiente, en tales casos indiscutiblemente deviene preponderante el derecho de investigación sobre la identidad de la paternidad en el juicio de desconocimiento o reconocimiento de la misma, en relación con la filiación en cuanto al progenitor, frente a una invasión a la intimidad o privacidad individual. (Tesis aislada. Amparo en revisión 176/2005, 6 de septiembre de 2005. Segundo Tribunal Colegiado de

Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXII, Noviembre de 2005, Pág. 911).

El celo de los tribunales federales, encabezados por la H. Suprema Corte de Justicia, en cuanto a la protección de los hijos y, genéricamente, de la infancia, ha progresado notablemente, al grado de fracturar el dique antes inexpugnable de la cosa juzgada, para revisar resoluciones que aparentemente ya eran inatacables. La posición adoptada por el Máximo Tribunal Mexicano, en el sentido antedicho, se fundamenta en el argumento de que el menor es titular del insoslayable derecho a acceder a la justicia, lo cual implica el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, dentro de las cuales descuella como relevante el derecho efectivo a aportar las pruebas idóneas para comprobar los extremos que acreditan su pretensión, de modo que se conculcarían sus derechos humanos si no se reconoce “que por su propia condición requiere protección legal reforzada, la cual obliga a ordenar, incluso de oficio, su desahogo” (el de la prueba pericial en genética)¹⁷, pues si no se procede así, se incumple el deber de

¹⁷ RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DEBE PREVALECEER EN EL JUICIO RELATIVO FRENTE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA.

Cuando en un segundo juicio de reconocimiento de paternidad, el presunto progenitor opone la excepción de cosa juzgada bajo el argumento de que en un primer juicio ya fue absuelto, pero ello obedece a que en éste se omitió desahogar la prueba pericial en genética, la cual resulta ser la idónea para el esclarecimiento de la verdad, esa excepción no debe prosperar pues la cosa juzgada presupone que el juicio del cual deriva, “cumplió con las formalidades esenciales del procedimiento”, lo que no puede considerarse satisfecho cuando en el primer juicio, pasando por alto el interés superior del menor, se omite ordenar el desahogo, ampliación o perfeccionamiento de esa prueba, ya que esa omisión no sólo infringe la formalidad relacionada con la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, sino que además transgrede el derecho de acceso efectivo a la justicia del menor, pues aunque no le niega acceder a los órganos jurisdiccionales para que se resuelva la controversia, este derecho se vuelve ineficaz si dentro del procedimiento no se reconoce que por su propia condición requiere de una protección legal reforzada, la cual obliga a ordenar, incluso de oficio, su desahogo. Así, aun cuando se podría considerar que opera la excepción de la cosa juzgada formal, en tanto que cualquier violación cometida en perjuicio del menor pudo impugnarse oportunamente a través de los medios ordinarios o extraordinarios de defensa derivados del primer juicio, no opera la cosa juzgada material, pues el interés superior del menor en un juicio de reconocimiento de paternidad debe prevalecer al enfrentarse con dicha institución procesal, por ser el que resulta de mayor entidad, pues si bien es cierto que la cosa juzgada implica la imposibilidad de volver a discutir lo decidido en un juicio, porque la rigidez e inmutabilidad de la sentencia descansa en los principios de seguridad y certeza jurídica, consagrados en los artículos 14 y 17 de la Constitución Federal, también lo es que esos principios no pueden prevalecer frente al derecho del menor de indagar

salvaguardar su interés superior, que postula la ley.

El proceder de la H. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia constituye una reafirmación del *modus operandi* que debe caracterizar la actuación de los tribunales familiares; esa forma de ejercer su función de manera parcializada pero sin excesos, que permite avanzar en la dirección correcta, aquella que conduce a la justicia. Después de todo, no es extraño dentro del derecho de familia, el que se puedan revisar resoluciones judiciales firmes; esto ya se prevé cuando tales resoluciones versan sobre alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción y las demás que señalen las leyes, si mutan las circunstancias que determinaron que se decidiera en el sentido en que originalmente se hizo.¹⁸ Es verdad que en los casos de investigación de la paternidad/maternidad, no existe propiamente un cambio de circunstancias, pero sí una omisión probatoria que, de no haber mediado, habría generado una decisión diferente. Agreguemos que en los casos de indagación de la paternidad, según criterio de la H. Suprema Corte de Justicia, la prueba idónea es la pericial en genética, cuya práctica deviene imprescindible por ser conclusiva, cuando de averiguar la verdad biológica se trata; siendo así, su omisión equivale a dejar en estado de indefensión al menor, quien por su incapacidad de ejercicio y escasa madurez, no pudo haberla promovido por sí mismo.

y conocer la verdad sobre su origen, ya que derivado de esa investigación podrá establecerse si existe o no una filiación entre él y el presunto progenitor; y de ser así, no sólo podrá acceder a llevar su apellido como parte del derecho a la identidad que le permite tener un nombre y una filiación, sino que, en conexión con tal derecho, se beneficiará el relativo a la salud; además, preferir el derecho derivado de la cosa juzgada, implicaría pasar por alto la obligación que el artículo 4o. de la Carta Magna impuso al Estado de propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el pleno ejercicio de sus derechos, lo cual podría anular la obligación que el propio precepto impone a los progenitores, en el sentido de satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, sobre todo cuando la cosa juzgada que se pretende oponer frente al derecho del menor, deriva de un procedimiento en el que resulta evidente que se pasaron por alto sus derechos.

Jurisprudencia, Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 41, Tesis 1ª./ Ju. 28 /2013 (10ª).

¹⁸ Artículo 94 (Código de Procedimientos Civiles).- Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria, o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.