

## **DESAHOGO DE LA PERICIAL EN GENÉTICA EN LAS CONTROVERSIAS DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD**

María Elena Mansilla y Mejía\*

RUBRO: PRECLUSIÓN, IMPROCEDENCIA DE LA. CONTROVERSIAS SOBRE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, RESPECTO AL DESAHOGO DE LA PERICIAL EN GENÉTICA, SI ES EN PERJUICIO DE MENORES DE EDAD. SEGUNDA ÉPOCA, SALAS COLEGIADAS. CLAVE: III. I SCF. 014A.2

TEXTO.-Con base a una interpretación conforme en sentido amplio del artículo 5.38 fracción II, párrafos cuarto y último del Código de Procedimientos Civiles de la Entidad, es improcedente la preclusión en las controversias del orden familiar sobre reconocimiento de paternidad, en el supuesto jurídico de la aceptación y protesta del cargo de perito en genética, en forma extemporánea, si es en perjuicio de un menor de edad; acorde a los artículos 4° y 107 fracción III, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como 74 último párrafo de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México y 1.249 fracción V del código adjetivo mencionado, en los que se prevé la obligación del Estado de garantizar de manera plena los derechos de la niñez, sin que se pueda declarar la caducidad y prescripción en su perjuicio. Por lo que, bajo el principio general del derecho “el que puede lo más puede lo menos”, al encontrarse proscrita la pérdida del derecho sustantivo y procesal, en tratándose de menores de edad; por mayoría de razón, resulta inoperante la pérdida de los derechos procesales de naturaleza parcial, como acontece en la preclusión. Los derechos de los menores, deben preservarse en todo momento por el órgano jurisdiccional, con la facultad de suplir la deficiencia de la queja a su favor.

Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Texcoco. Toca: 94/2017.-  
Recurrente: Beatriz Beltrán Barrios.- Votación: Unanimidad de votos.-  
Siete de marzo de 2017.- Ponente: Raúl Aarón Romero Ortega.

\* Doctora en Derecho, Maestra en Criminología y Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesora de Carrera de Tiempo Completo Definitiva Nivel “C” en la UNAM y Catedrática de la Licenciatura de la Facultad de Derecho de las asignaturas Derecho Internacional Privado I y II y Teoría del Estado, de Derecho Competencial y Relaciones Económicas Internacionales en la División de Estudios de Posgrado. Actualmente es la Directora del Seminario de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Analizar la ejecutoria de la Primera Sala Colegiada Familiar de Texcoco, requiere ver el origen del problema que resolvió, por lo que se partirá de sus antecedentes.

## **I. Antecedentes**

1.1. Uno de los padres desconoció la relación parental que se le atribuyó con un menor”.

1.2. Tal desconocimiento dio lugar a un juicio, en el que se ofreció la prueba pericial genética, a fin de que por este medio se resolviera la existencia o inexistencia de la relación parental invocada.

1.3. A partir de los supuestos anteriores, el Tribunal Colegiado debía analizar los problemas siguientes:

1.3.1 La sanción al oferente de la prueba, por un acto totalmente ajeno a su voluntad, lo cual ya implicaba una violación;

1.3.2 La incapacidad para nombrar a otro perito, por el incumplimiento del perito designado;

1.3.3 Fundamentar la improcedencia de la preclusión, por afectar a un menor.

## **2. Desarrollo del procedimiento**

2.1. La prueba pericial de genética, requería la designación de un perito quien debía aceptar y protestar el cargo en el término de dos días, como lo establece el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México en el artículo 5.38, fracción II y los párrafos cuarto y último que disponen:

“Artículo 5.38. En el desahogo de los medios de prueba, se atenderá: (omissis)

Las partes que hayan designado perito quedan obligadas a que acepte y proteste el cargo por escrito en un plazo no mayor de diez días.

(omissis)

Sí los peritos designados por las partes no aceptan ni protestan el cargo, no comparecen al juzgado a examinar a las partes y terceros, no asisten a la audiencia principal, aunque exhiban con antelación su dictamen, se tendrá por precluido su derecho”.

2.2. Debido a que la ejecutoria aclara que el perito se presentó extemporáneamente para la debida aceptación y protesta del cargo, la consecuencia era declarar la preclusión, lo que implicaba la pérdida total del derecho a designar otro perito, como textualmente lo dispone el artículo 1.311 I; bajo el título “Preclusión del derecho a la prueba pericial”. En efecto señala:

“Artículo 1.311 I.- No habrá lugar al nombramiento de otro perito, si la contraparte del oferente no designa perito, sí el nombrado no acepta el cargo, no acude al desahogo o no rinde su dictamen en el plazo señalado”.

2.3. Es evidente que la preclusión dejaba al menor en absoluto estado de indefensión lo que condujo a la impugnación de la sentencia ante el Tribunal Colegiado.

### **3. Resolución de la Primera Sala Colegiada Familiar de Texcoco**

3.1. El Tribunal declaró la improcedencia de la preclusión con fundamento en los artículos 4 y 107 fracción tercera inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que respectivamente disponen:

3.1.1. Artículo 4º constitucional, párrafos noveno a décimo primero:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.<sup>1</sup>

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

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

3.1.2. El artículo 107 fracción III inciso a) determina la procedencia del amparo:

<sup>1</sup> Sobre este punto el Diario Oficial de la Federación, publicó el 16 de agosto del presente año el “Programa Nacional de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes”.

“Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

(omissis)

III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo (omissis)”.

Es notorio que al declararse la preclusión, prácticamente el juicio de la relación parental quedó sin materia y el menor en absoluta indefensión.

3.2. El tribunal fundó concretamente la improcedencia de la preclusión en los artículos 1.249, fracción V del Código de Procedimientos Civiles y 74 último párrafo, de la Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, ambos, ordenamientos del Estado de México. Al efecto se transcriben las disposiciones invocadas:

“Artículo 1.249. La caducidad no tiene lugar:

(omissis)

V. en perjuicio de niñas, niños y adolescentes”.

“Artículo 74: Además de lo previsto por el artículo anterior son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como de las demás personas que por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado niñas, niños o adolescentes, en proporción a su responsabilidad y, cuando sean instituciones públicas, conforme a su ámbito de competencia, las siguientes:

(omissis)

No podrá declararse la caducidad ni la prescripción en perjuicio de niñas, niños y adolescentes”

#### **4. Resolución del Tribunal Colegiado fundada en la equivalencia de la caducidad y la preclusión**

En este punto es importante destacar que el Tribunal declaró improcedente la preclusión con fundamento en la caducidad.

Ante esto es necesario ver la naturaleza jurídica de ambas instituciones, a fin de determinar si era posible tal interpretación del tribunal.

Al efecto se transcribe la siguiente tesis jurisprudencial emitida por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**PRECLUSIÓN. ES UNA FIGURA JURÍDICA QUE EXTINGUE O CONSUMA<sup>2</sup> LA OPORTUNIDAD PROCESAL DE REALIZAR UN ACTO.**

La preclusión es uno de los principios que rigen el proceso y se funda en el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a momentos procesales ya extinguidos y consumados, esto es, en virtud del principio de la preclusión, extinguida o consumada la oportunidad procesal para realizar un acto, éste ya no podrá ejecutarse nuevamente. Además doctrinariamente, la preclusión se define generalmente como la pérdida o consumación de una facultad procesal, que resulta normalmente, de tres situaciones: a) de no haber observado el orden u oportunidad dada por la ley para la realización de un acto; b) de haber cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; y c) de haber ejercitado ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha). Estas tres posibilidades significan que la mencionada institución no es, verdad, única y distinta, sino más bien una circunstancia atinente a la misma estructura del juicio”.

Respecto a la caducidad, esta consiste en la extinción del proceso por falta de actividad de las partes. En otras palabras, es el fin del proceso por falta de interés de los litigantes.

La caducidad procede cuando cualquiera que sea el estado del procedimiento, no se haya efectuado ningún acto procesal.

<sup>2</sup> Amparo directo 4398/87. Agustín González Godínez y otra. 15 de diciembre de 1987. Cinco Votos. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretario: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Inconformidad 60/2000. Contralor General del Distrito Federal. 26 de abril de 2000. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza, Secretario: Roberto Javier Sánchez Rosas. Inconformidad 339/99. Fausto Rafael Pérez Rosas. 17 de mayo de 2000. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario Javier Sánchez Rosas. Reclamación 2/2000. Luis Ignacio Ayala Medina Mora y otra. 17 de noviembre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente Juan N. Silva Meza. Secretario Manuel González Díaz. Contradicción de tesis 92/2000-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales colegiados Segundo, Tercero, Séptimo y Décimo Segundo, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 19 de septiembre de 2001. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes. Tesis de jurisprudencia 21/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de marzo de dos mil dos, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

En tal sentido la preclusión y la caducidad son diferentes tanto por su naturaleza jurídica como por sus efectos, ya que en la preclusión se pierde un derecho dentro de una etapa del juicio, pero esta continua hasta su conclusión.

En tanto que en la caducidad, el procedimiento se extingue totalmente.

## **5. Interpretación del Tribunal Colegiado de la preclusión y la caducidad por analogía**

El Tribunal en cumplimiento del principio constitucional del interés superior del menor, análogo la preclusión a la caducidad, en atención a que el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México no incluyó la figura de la preclusión en el artículo 1.249, fracción V ni tampoco la regula el artículo 74, último párrafo, de la Ley de los Derechos de los Niños, Niños y Adolescentes.

De acuerdo con lo anterior, las disposiciones invocadas si bien protegían al menor se limitaron a la figura de la caducidad y la prescripción olvidándose de incluir la preclusión.

## **6. Consideraciones finales**

Es indudable que el Tribunal actuó correctamente al establecer la equivalencia entre la caducidad y la preclusión, de esta forma le dio plena protección al menor; al satisfacer el principio constitucional del interés superior de la niñez.

De no haber resuelto como se hizo, el menor habría quedado totalmente desprotegido, por una cuestión de forma procesal y de olvido legislativo, lo que habría violado el principio lógico-jurídico de equidad, consistente en aplicar la ley de acuerdo con el caso concreto a resolver.