

| | |
|---|-----------|
| VI. COMENTARIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE RELATIVA A LA PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA PARA DETERMINAR EL VÍNCULO DE FILIACIÓN | 49 |
| 1. ANTECEDENTES | 49 |
| 2. PRESENTACIÓN | 52 |
| 3. ARGUMENTO EN TORNO A LA DESCRIPCIÓN Y ALCANCES DE LA PRUEBA GENÉTICA..... | 53 |
| a) Sentencia | 53 |
| b) Comentario..... | 53 |
| 4. INTROMISIÓN EN LA INTIMIDAD DE LA PERSONA..... | 55 |
| a) Sentencia | 55 |
| b) Comentario..... | 57 |
| i) Derechos del sometido a la prueba | 58 |
| • Derecho a la integridad física | 58 |
| • Derecho a la intimidad | 61 |
| ii) Derecho del supuesto hijo | 63 |
| • Derecho a establecer una filiación | 63 |
| 5. CONCLUSIONES | 66 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA | 69 |
| a) Hemerografía | 69 |
| b) Legislación | 70 |
| c) Tesis profesionales | 70 |

VI. COMENTARIO SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE RELATIVA A LA PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA PARA DETERMINAR EL VÍNCULO DE FILIACIÓN

*Doctora Ingrid Brena Sesma**

1. ANTECEDENTES

La jurisprudencia que ahora se comenta emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene como único objetivo determinar si contra la admisión y desahogo de la prueba pericial en genética es procedente el juicio de amparo indirecto. El artículo 114 de la Ley de Amparo señala: "El amparo se pedirá ante el Juez de Distrito: IV. Contra actos en el juicio que sean de imposible reparación." En consecuencia, para resolver la contradicción de tesis la sentencia debía determinar si la admisión o desahogo de la prueba citada constituye un acto "de imposible reparación".

De la consulta al texto de la tesis se desprende que la Primera Sala del más Alto Tribunal tomó en consideración el derecho a la integridad de las personas y a su privacidad,

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

los cuales no podrían ser reparados con la sentencia de amparo posteriormente, pues el material genético es tomado de muestras de sangre o tejido, los que no pueden ser restituidos. Ante esta situación se determinó que a efecto de señalar si se violan derechos sustantivos en los casos de admisión o desahogo de la prueba pericial genética conviene sostener que es un acto de imposible reparación por lo que en su contra procede el juicio de amparo indirecto.

Con posterioridad a la sentencia de la Primera Sala, en junio de 2004, apareció publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XIX, junio de 2004, página 1459, materia civil, la tesis aislada número XVI.3o.5 C que interpreta la jurisprudencia ahora en comento y sus alcances.

RUBRO

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).

TEXTO

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.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

La tesis transcrita pone de manifiesto que la jurisprudencia 1a./J. 17/2003 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere sólo a la procedibilidad del juicio de garantías y no a que la prueba genética sea inconstitucional en sí misma. Sin embargo, antes de que se decida sobre esa constitucionalidad, consideramos oportuno presentar algunas observaciones en torno a la llamada "prueba genética".

2. PRESENTACIÓN

La posibilidad de establecer o negar la paternidad o maternidad entre dos personas a través de una prueba basada en el DNA de éstas, ha cimbrado hasta sus cimientos a la institución de la filiación. Las repercusiones de este cisma llegan a incidir en los derechos fundamentales de los involucrados en forma tal, que se torna imprescindible la reflexión sobre cómo el sistema legal fija las reglas para establecer la filiación y cómo estas reglas son interpretadas por los órganos jurisdiccionales.

En el presente comentario me referiré, en primer término, a la llamada prueba genética; su descripción, alcances, validez y diferenciación con otros exámenes genéticos para después comentar los derechos involucrados con la práctica de la prueba y su posible afectación.

3. ARGUMENTO EN TORNO A LA DESCRIPCIÓN Y ALCANCES DE LA PRUEBA GENÉTICA

a) Sentencia

La sentencia comienza por describir la prueba y establecer que su desahogo implica la práctica de estudios químicos y exámenes de laboratorio, para lo cual "se requiere de toma de muestras, por lo general de sangre, aunque también podría ser de tejidos orgánicos, susceptibles de ser analizados desde el punto de vista bioquímica, 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 vínculo de parentesco por consanguinidad y así poder dilucidar las acciones de reconocimiento de paternidad..."

En la sentencia se reconoce la efectividad de la prueba: "Debe ponerse de manifiesto que, establecer la correspondencia de 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."

b) Comentario

Ante las argumentaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la prueba genética, conviene, en primer término, distinguir —porque el Alto Tribunal no lo hace— la

prueba de determinación de la paternidad, del denominado diagnóstico genético. La primera, como su nombre lo indica, tiene por objeto establecer la relación de filiación biológica entre dos personas. La segunda analiza el DNA de una persona para detectar la presencia de genes causantes de enfermedades o la predisposición a padecerlas o de transmitirlos a sus descendientes, se conoce como diagnóstico genético.

La prueba para determinar la paternidad o maternidad no aporta información sobre otras características biológicas de las personas analizadas ya que se realiza en la estructura no codificante del ADN y es en la codificante o genética del ADN en donde se encuentra la información sobre las enfermedades o predisposición a padecerlas.¹

Sin embargo, aun cuando se trata de pruebas distintas, en ambas se utiliza el mismo material genético, por ello, éste debe ser protegido para evitar que, bajo la justificación de realizar una prueba de determinación de la paternidad, se realicen intromisiones injustificadas en el ADN de una persona.

Debe asegurarse que el material utilizado para la prueba genética sólo sea utilizado para los fines autorizados y, siempre que exista una sentencia firme absolutoria, deberá destruirse. Estamos a favor de un estricto control en el desahogo de la prueba siguiendo los lineamientos que, en su caso, el Juez

¹ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Genética y derecho*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p.271; BARRERA CRISTIANI, María Fernanda, "Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva", *Revista de investigaciones jurídicas*, México, año 20, núm. 20, 1996, p. 708; el mismo sentido O'CALLAGHAN, Xavier, "Investigación de la paternidad; acciones de filiación, investigación de la paternidad, prueba biológica", Madrid, *Actualidad Editorial*, 1994, p. 27 y FERRANDO, Gilda, "Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilita nell'accertamento della filiazione", *Revista Trimestrale di Diritto e procedure civile*, Milano Dott Giuffrè editores, año 1, núm. 3, septiembre, 1996, p. 729.

podiera señalar. En todo caso, ese control sería lo recomendable, pero parece exagerado negar la práctica de la prueba para determinar la paternidad o maternidad bajo el argumento de los posibles malos usos que se dieran al material genético y que pudieran causar con intromisiones injustificadas en la intimidad del sujeto de la prueba.

4. INTROMISIÓN EN LA INTIMIDAD DE LA PERSONA

a) Sentencia

La Suprema Corte también previene del riesgo de efectuar la prueba:

Debe ponerse de manifiesto que por medio de la prueba química para determinar la huella genética, no solamente es posible poner al descubierto las características idóneas para dilucidar problemas de reconocimiento de hijos en acciones promovidas no sólo por mujeres que buscan sostenimiento económico, sino también de hombres que intentan obtener la custodia o los derechos de paternidad, o bien, que buscan demostrar que están siendo falsamente acusados de ser padres biológicos del menor. No es difícil imaginar la posibilidad real de que dicha prueba también pueda poner en evidencia otras características o condiciones genéticas relacionadas con aspectos patológicos hereditarios o algunas tendencias o proclividad a determinadas conductas que pertenecen a la más absoluta intimidad del ser humano.

Por tanto, permitir o no que se practique en su persona, sin ninguna restricción, la prueba pericial genética, podría traducirse en una invasión a la intimidad del ser humano, una

intromisión a su individualidad, poniendo al descubierto aspectos o características genéticas que no tengan nada que ver con la *litis* sobre los derechos de paternidad que en su caso se ventilen, pero que puedan quedar de manifiesto a través de los dictámenes periciales, que en su momento se rindan, y obrar en autos en donde todo 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.

Tomando en cuenta que el punto de contradicción entre las sentencias de los Colegiados consiste en determinar si la admisión y orden de desahogo de la prueba pericial en genética es susceptible de producir perjuicios de imposible reparación, "Este Alto Tribunal ha precisado que los actos procesales tienen una ejecución irreparable si sus consecuencias afectan directamente alguno de los llamados derechos fundamentales del hombre, que tutela la Constitución por medio de las garantías individuales."

La Suprema Corte efectúa un análisis jurídico para determinar si el auto dictado por un Juez de primera instancia, admitiendo la prueba pericial genética y ordenando su desahogo, ocasiona perjuicios de imposible reparación, en la medida en que pueden verse afectados los derechos fundamentales del individuo y que por ello resulta procedente el amparo indirecto.

En este orden de ideas, esta Primera Sala considera que el hecho de admitir y ordenar el desahogo de la prueba pericial en genética, con las implicaciones que conlleva, dada la especial naturaleza de la prueba, produce una

afectación que aunque en principio pudiera parecer de naturaleza simplemente procesal, lo cierto es que dada su trascendencia, en tanto que para su desahogo es preciso o necesario disponer de una porción de tejido celular, y obliga al individuo a presentarse en un lugar y hora determinados para la toma de muestras y la práctica de exámenes de laboratorio, entonces la afectación deviene en un acto cuya ejecución es de imposible reparación, toda vez que aunque el afectado obtuviera una sentencia favorable ya no podría ser resarcido del tejido celular (sangre, etcétera) que hubiese sido requerido para realizar el análisis tendiente al desahogo de la referida probanza, con independencia de que la sangre extraída pueda ser regenerada por el propio cuerpo, o que la toma de muestras de otro tipo de tejido celular sólo se traduzca en una molestia para el individuo, pues lo que resulta jurídicamente trascendente es que el derecho a la intimidad, a la libertad y a la integridad física, en caso de ser vulnerados, no podrían ser resarcidos con el solo hecho de obtener una sentencia favorable.

Con base en estos argumentos emite la sentencia cuyo rubro es "PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA".

b) Comentario

La prueba para determinar el parentesco, por su gran efectividad, es admitida por la comunidad científica, pero su aplicación no se limita a la simple extracción y análisis de sangre, puesto que de ella resultan consecuencias jurídicas tanto para los que deban someterse a ella, como para quienes sufran

alguna afectación con el resultado de la prueba. La obtención de muestras biológicas del demandado en un proceso civil de paternidad puede plantear dudas sobre la posible afectación o incluso violación de diversos derechos fundamentales ¿Qué garantías pueden verse lesionadas dentro de un proceso y después de él? pero, a cambio, ¿Qué derechos serán protegidos con los resultados de la prueba?

Para tratar de responder a estas preguntas, habrá, en primer término, que identificar a las personas involucradas, quienes se verán afectadas por los resultados obtenidos en el laboratorio. Si bien, la prueba indicará que alguien es el padre o la madre, los efectos de la indicación no quedan en la simple declaración, puesto que modificarían la esfera jurídica de los declarados padres biológicos y, desde luego, del hijo. Todos ellos adquirirían nuevos derechos y obligaciones.

i) Derechos del sometido a la prueba

- Derecho a la integridad física

En otro punto de la argumentación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación expresó que para el desahogo de la prueba "es preciso o necesario disponer de una porción de tejido celular, y obliga al individuo a presentarse en un lugar y hora determinados, para la toma de muestras y la práctica de exámenes de laboratorio, entonces la afectación deviene en un acto cuya ejecución es de imposible reparación, toda vez que aunque el afectado obtuviera una sentencia favorable, ya no podría ser resarcido del tejido celular (sangre, etcétera) que hubiese sido requerido para realizar el análisis tendiente al desahogo de la referida probanza, con independencia de

que la sangre extraída pueda ser regenerada por el propio cuerpo, o que la toma de muestras de otro tipo de tejido celular sólo se traduzca en una molestia para el individuo, pues lo que resulta jurídicamente trascendente es que el derecho a la intimidad, a la libertad y a la integridad física, en caso de ser vulnerados, no podrían ser resarcidos con el solo hecho de obtener una sentencia favorable".

Es manifiesta la preocupación del Alto Tribunal por las "molestias para el individuo" quien además de acudir al desahogo de la prueba, tiene que perder sangre, aunque sólo sean unas gotas, o tejido celular. Según los argumentos expresados, tales actos o situaciones afectan la integridad física del sometido a la prueba.

Desde luego, estamos de acuerdo en proteger la integridad física de las personas, pero debe reconocerse que la afectación a la integridad física de quien se somete a la prueba es mínima como para que ella pueda ser causa que justifique su exclusión. "Parecería exagerado hablar de violación al cuerpo humano por un simple análisis de sangre cuando de su obtención dependen derechos y situaciones tan importantes como conceder o negar la calidad de hijo".²

Habría en todo caso un ataque a la integridad física de la persona si se pretendiera extraer por la fuerza la sangre para realizar la prueba. Esta acción entraría en colisión con los derechos a la integridad física y la libertad personal del sujeto.³

² BARRERA CRISTIANI cita una Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1987, op. cit., nota 4, p. 695. En el mismo sentido O'CALLAGHAN, op. cit., nota 4, p. 27 y FERRANDO, op. cit., nota 4, p. 736.

³ BARRERA CRISTIANI, op. cit., nota 4, p. 708; el mismo sentido O'CALLAGHAN, op. cit., nota 4, p. 27 y GILDA, op. cit., nota 4, p. 729.

Si la persona a quien se pretenda someter a la prueba se niega a su práctica, cualquier medio de coacción física encaminada a tomar la muestra entrañaría una afectación a sus derechos a la integridad física y a la libertad personal. El profesional que realizara la prueba contra la voluntad del interesado cometería, además, una falta de ética. Pero lo anterior no significa que la autoridad judicial no pueda ordenar la práctica de la prueba a petición de parte, sin contravenir con ello la libertad personal del sujeto. Lo interesante es descubrir si en caso de que se niegue a acudir ¿Qué valor tiene tal negativa dentro del proceso?

El Código Civil para el Distrito Federal sostiene en el artículo 382:

La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente de los avances 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.

Es decir, el legislador del Distrito Federal presume confesa a la parte que no concurrió respecto a las posiciones calificadas de legales, pero esta presunción permite ser desvirtuada, acreditándose causa justa. En España el Tribunal Supremo ha expresado que "la negativa no constituye *ficta confessio* pero si un indicio revelador de una actividad obstruccionista y antisocial, un fraude a la ley o abuso del derecho".⁴ Por tanto, la negativa a someterse a la prueba puede ser considerada

⁴ Sentencia 7/1994 citada por Xavier O'Colallaghan, op. cit., nota 4, p. 7

como un fuerte indicio del cual se podrá inferir la presunción judicial de la verdad respecto a la paternidad o maternidad imputadas.

Estamos de acuerdo con esta postura, el sujeto debe ser libre para acudir o no a la prueba. No se trata de obtener la muestra a la fuerza, sino que la persona se preste voluntariamente a tan simple acto. Algunas oposiciones al desahogo de la prueba podrían estar justificadas, como sería el caso de una enfermedad o una prescripción religiosa, pero la negativa injustificada debe tener una consecuencia dentro del proceso, ya que tal actitud impide al juzgador conocer la verdad acerca de la maternidad o paternidad investigada.

- Derecho a la intimidad

Entre los argumentos esgrimidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la prueba, está la "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".

Nuevamente se vuelve a confundir la prueba de paternidad con el diagnóstico genético, pero este punto ya fue comentado.

Respecto a la invasión a la intimidad, reconocemos que el derecho a la vida privada ha sido considerado como una manifestación de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La persona tiene derecho a mantener una parte de su vida reservada del conocimiento de los demás. En esta reserva

están incluidos sus datos genéticos; la persona no debe ser molestada en aquellos aspectos de su vida que desea mantener para sí, y se atenta contra su privacidad cuando se descubren y divulgan sus datos genéticos.

La vida privada de las personas se encuentra protegida por la ley, tanto en el artículo 16 de la Constitución Política del los Estados Unidos Mexicanos, primer párrafo,⁵ como en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal,⁶ así como por convenciones internacionales suscritas por nuestro país; por ejemplo el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁷ Sin embargo, debemos reconocer que el derecho de la privacidad como todos los demás derechos, no es absoluto, por el contrario, está sujeto a limitaciones.

Es indiscutible que una orden judicial para la práctica de una prueba para la determinación de la paternidad, puede afectar el derecho a la intimidad de la persona,⁸ ya que si el resultado es positivo se establecerá una relación de filiación respecto de otra persona que, a la vista, no se ha querido reconocer como hijo o hija. ¿Valdrá la pena esta intromisión a la intimidad si con ella se establece la paternidad o materni-

⁵ Artículo 16 constitucional: 'Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles, o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...'

⁶ Artículo 1916 C.C. para el D.F.: 'Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tiene a los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas...' *Cursivas nuestras.*

⁷ Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: '...nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honor y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques'. *Cursivas nuestras.*

⁸ Habrá de tomarse en cuenta que los datos biogenéticos solo deberán tener efectos dentro del proceso para determinar la posible filiación con respecto de un menor.

dad y se aseguran los derechos y libertades de otras personas y se satisfacen exigencias del orden público y el bien común?⁹

ii) Derecho del supuesto hijo

Si bien la sentencia protegió al demandado de la posible afectación de sus derechos a la integridad y a la intimidad, parece que al momento de que se juzgue sobre el fondo y se decida sobre la afectación de aquéllos, habrá de tenerse en cuenta también la afectación de los derechos de quienes están involucrados con los resultados de la prueba que establece la filiación.

- Derecho a establecer una filiación

Nuestra Constitución establece en el artículo 4o. "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Este texto no se limita a reconocer el derecho procreacional de las personas, puesto que menciona la responsabilidad derivada del ejercicio de tal derecho. Más adelante, en el penúltimo párrafo del mismo artículo, se especifica que los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar los derechos ahí establecidos. Lo anterior nos muestra el interés del Estado mexicano de reconocer la gran responsabilidad que implica haber engendrado un hijo al cual hay que proteger, formar y garantizar que llegue a la edad adulta con capacidad para desenvolverse en el mundo.

Para hacer efectivas estas responsabilidades, el sistema jurídico de nuestro país está encaminado, en primer término,

⁹ Flores Avalos, Elvia, *Protección legal a la persona en la práctica del diagnóstico genético*, Tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho UNAM, 1997, pp. 34-35.

al establecimiento de los lazos de filiación. Es importante saber quiénes son los progenitores para poder exigirle el cumplimiento de sus obligaciones. Clemente de Diego ha sostenido que la sociedad tiene necesidad de constatar la filiación o mejor conocer al propio padre y a la propia madre de cada individuo, para distinguir las familias, repartir los derechos, exigir deberes y transmitir la propiedad.¹⁰ Nuestro derecho, a través de la regulación jurídica, pretende el reconocimiento legal de las filiaciones; en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece a través del reconocimiento o de los juicios de investigación de la paternidad y maternidad.

Doctrinalmente se ha definido a la investigación de la paternidad como la averiguación judicial que tiene por objeto establecer la filiación de una persona nacida fuera de matrimonio y no reconocida por su progenitor.¹¹ Sin embargo, Sara Montero Duhalt considera que es el derecho de ejercitar una acción, para que, si las pruebas que se presenten son suficientes a juicio del Juez, se impute la paternidad a determinado sujeto. Este derecho está consignado en todos los códigos civiles del país y está permitida la acción en casos expresos: raptó, estupro, violación, posesión de estado o cuando el pretendido padre y la madre vivían juntos al tiempo de la concepción o "cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre". Este último caso dota a la investigación de una gran libertad. En la exposición de motivos del Código de 1928, modelo de la mayoría de códigos estatales, los autores expresaron: "se ampliaron los casos de investigación de la paternidad porque los hijos tienen

¹⁰ PINA, Rafael de, *Tratado de pruebas civiles*, México, Porrúa, 1981.

¹¹ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 1988, p. 311.

derecho a saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios para vivir". La posición, tanto de la doctrina como de la legislación, demuestra el interés del Estado por establecer los lazos de filiación entre dos personas para de ahí derivar el ejercicio de derechos y obligaciones.

Si además el pretendido hijo es un menor, la Corte debió tomar en cuenta el contenido de la Convención sobre Derechos del Niño, en cuyo artículo 3o. se establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Este principio general motiva a preservar la identidad del menor, incluidos el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley".¹²

Por identidad entendemos el conjunto de elementos que distinguen a una persona de otra, y que la señalan en forma indubitable. Al obtener su verdadera identidad, el hijo adquiere el derecho a establecer las relaciones parentales no sólo con sus progenitores sino también con el resto del grupo familiar paterno o materno, y con ello beneficiarse de las consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que pudieran derivarse.

La Convención reconoce como derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos en la medida de lo posible,¹³ y que los Estados partes pondrán el máximo empeño en

¹² Artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño.

¹³ El artículo 7 de la misma Convención.

garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.¹⁴

El menor tiene derecho a conocer sus orígenes genéticos, además, los avances en genética permiten detectar la presencia de enfermedades o tendencias familiares a padecer ciertas disfunciones. El desconocimiento de aquéllos le puede causar graves perjuicios psicológicos y afectar su salud.

Frente a estos derechos y obligaciones que protegen el interés social y de orden público, están los estrictamente individuales de proteger la intimidad del supuesto padre o madre que no quieren reconocer su progenitura y responsabilizarse de ella; nos volvemos a preguntar ¿cuáles deben prevalecer?

5. CONCLUSIONES

Si bien la jurisprudencia que se comenta se refiere sólo a la procedibilidad del juicio de garantías y no a que la prueba genética sea inconstitucional en sí misma, debemos prever que la resolución en cuanto al fondo y la declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la llamada prueba genética destinada al posible establecimiento de una filiación, no afecte de manera irremediable a quienes tienen ciertos derechos. La decisión que se tome en cuanto al fondo puede servir para un replanteamiento sobre la orientación que el sistema jurídico desee imprimir a la filiación. Debe existir una congruencia entre la legislación nacional y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México y la interpre-

¹⁴ Artículo 18 de la misma Convención.

tación que los tribunales hagan de ella. Por un lado, la Constitución establece la protección a la vida privada de las personas pero también prevé el derecho de niños y niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral y el reconocimiento del deber de los ascendientes de preservar esos derechos. Por su parte, las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por nuestro país garantizan la protección a los derechos de los hijos, en especial de los menores. Los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física no pueden convertirse en una suerte de consagración de la impunidad con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a los posibles vínculos familiares.

Los eventuales problemas derivados del ofrecimiento y desahogo de la prueba genética derivan de una falta de legislación adecuada que, por un lado, busque lesionar lo menos posible los derechos a la integridad física y a la intimidad de quien esté sujeto a la prueba y, por el otro, garantice la protección de los derechos del presunto hijo.

El 16 de octubre de 2003, fecha posterior a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, la Asamblea General de la UNESCO emitió por unanimidad la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos.¹⁵ Esta Declaración señala que las pruebas de determinación del parentesco estarán sujetas a la legislación interna que sea compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;¹⁶ en

¹⁵ Aprobada por unanimidad, México forma parte de la UNESCO, y por aclamación por la 32 sesión de la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003.

¹⁶ Artículo 1 inciso c) de la Declaración.

otro artículo expresa que: "los datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos y muestras biológicas utilizados en medicina forense o en procedimientos civiles sólo deberían estar disponibles durante el tiempo necesario a esos efectos, a menos que la legislación interna compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos contenga una disposición en contrario."¹⁷

Éste es un marco muy general que, como se observa, remite a la legislación interna de los Estados. En nuestro derecho interno no existen normas expresas, por ello se sugiere la pronta regulación sobre la recolección, tratamiento, utilización y conservación de las muestras biológicas y de los datos genéticos obtenidos, ya que la muestra sólo debe ser utilizada para determinar la existencia de una relación de filiación y no debe dársele otro uso ni dichos datos deben ser dados a conocer a terceros.

Pero, en todo caso, consideramos que el juzgador debe aprovechar la posibilidad de investigar la paternidad y la maternidad y la oportunidad de utilizar en tales investigaciones las pruebas biológicas que garantizan el derecho de los hijos a vincularse con sus padres o, al menos, con alguno de ellos. Vinculación que no queda en una simple declaración sino que conlleva el derecho de la persona a pertenecer a un grupo familiar, a tener un nombre, a conocer sus orígenes genéticos, a ser alimentado y a ser protegido, así como a hacer efectivos todos los derechos y obligaciones que la ley prescribe entre los miembros del grupo familiar, entre ellos, a la sucesión legítima, a desempeñar la tutela legítima, la posibilidad de

¹⁷ Artículo 21, inciso c), de la Declaración.

constituir un patrimonio de familia, así como determinadas prohibiciones como a contraer matrimonio entre quienes existe determinado grado de parentesco. En los supuestos de filiación debe prevalecer el interés social y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad o de maternidad.

6. BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ DÍAZ, *Elvira*, El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina, *Madrid, Dykinson, 1996*.

O'CALLAGHAN, *Xavier*, Investigación de la paternidad; acciones de filiación, investigación de la paternidad, prueba biológica, *Madrid, Actualidad Editorial, 1994*.

OLIVEROS LAPUERTA, *María Vicenta*, Estudio sobre la Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, *Madrid, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, 1980*.

ROMEO CASABONA, *Carlos María*, Genética y derecho, *Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003*

a) Hemerografía

BARRERA CRISTIANI, *María Fernanda*, "Presunción de paternidad y tutela judicial efectiva", *Revista de investigaciones jurídicas, México, año 20, núm. 20, 1996*.

DEL VECHIO, *Giorgio*, "La obligación jurídica de la verdad especialmente en el proceso civil", *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo Uruguay, Revista la justicia, México, tomo XXV, núm. 424, agosto, 1965*.

FERRANDO, Gilda, "Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilita nell'accertamento della filiaciones, Revista Trimestrales di Diritto e procedure civile, Milano, Dott Giuffré editores, año 1, núm. 3, septiembre 1996.

MARTI DE GIDI, Luz del Carmen, "El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar en la Constitución de Veracruz", Reflexiones Jurídicas. Revista veracruzana especializada en derecho y ciencia política, Veracruz, Año 1, núm. 2, mayo del 2001.

b) Legislación

Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

c) Tesis profesionales

FLORES ÁVALOS, Elvia, Protección legal a la persona en la práctica del diagnóstico genético, Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho UNAM, México, 1997.