

MATERNIDAD, PATERNIDAD Y GENETICA

(Un problema de libertad)

LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA

PROFESOR TITULAR POR OPOSICION DE DERECHO CIVIL Y DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DICHA ASIGNATURA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

El Derecho de Familia Mexicano se caracteriza por su dinamismo. Es, sin duda, una de las parcelas del conocimiento jurídico en general y del Derecho Civil en particular, sujeta a una evolución más intensa. Sin embargo, lo referente a la regulación de la relación paterno filial y su establecimiento, adolece de un estancamiento decimonónico que ha ignorado olímpicamente el avance de la genética y la fisiología, para aferrarse a los antiguos aforismos y presunciones derivadas del Derecho Romano.

Si bien tales aforismos y presunciones tenían plena justificación hace más de dos mil años, cuando aún se desconocían los mecanismos biológicos de la reproducción humana, hoy día resultan aberrantemente anacrónicos y deben ser suplidos o completados por disposiciones legales acordes con la información que nos proporciona la investigación científica.

Dos aforismos de linaje romano han campeado con gran fortuna en la materia que nos ocupa: *mater semper certa est* (la madre es siempre cierta, conocida) y *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (literalmente, "padre es quien las nupcias demuestran",* o más libremente, el padre es el marido de la madre). Los hechos biológicos y las presunciones correlativas en

* MAZEAUD, HENRI, LEON Y JEAN. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. p. 322.

que se apoyan ambos principios, permanecen como muestra eficiente de apreciaciones basadas en la inteligencia y la lógica. Pero han cumplido ya su función histórica y encontrado límites que no alcanzaron a superar, por lo que requieren de reemplazo o complemento.

Y es que hoy día, ni la madre es siempre cierta ni el marido debe ser considerado necesariamente como el padre, desde el punto de vista legal.

¿Por qué el prestigio y la perdurabilidad de los dos aforismos citados? Porque en el orden natural de las cosas, son inobjetables.

En efecto, tal como observamos el acontecer normal, la madre es siempre cierta. Cómo no habría de serlo, si están ahí, para disipar toda duda, primeramente la concepción, que se hace evidente con la interrupción del ciclo menstrual; en seguida la gestación, que se prolonga en promedio por nueve meses y, finalmente, el alumbramiento, que inicia la vida independiente del hijo. La mujer no tiene, no puede tener (en principio) dudas, ni biológicas ni legales, acerca de su maternidad.

Para el varón, la naturaleza no ha provisto hechos simétricos a los anteriores, que le muestren con tanta fuerza de convicción, que él, en efecto, es el progenitor. Moralmente, la certidumbre de su paternidad es tan amplia como la confianza que tiene depositada en la coprogenitora.

El hijo de la mujer casada que da a luz en tiempo hábil (después de 180 días de celebrado el matrimonio. Art. 324, fracc. I, del CC.) disfruta ampliamente de la presunción "*pater is est...*";

* En las sociedades primitivas, donde el padre es el monarca doméstico, le corresponde decidir entre los hijos de su mujer, a quiénes recibe como suyos y a cuáles rechaza. Entre los romanos, el pater familias detentaba el *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte sobre el recién nacido), que aunque no era irrestricto, de hecho le permitía elegir a quiénes acepta por descendientes. Según Faustino Gutiérrez Alvis y Armario, el *ius vitae necisque* correspondía "al pater-familias sobre todas las personas sometidas a su potestad desde el derecho de las XII Tablas, pudiendo ejercitarlo libremente tras de oír el parecer del *concilium propinquorum*. Se cita como derecho vigente en la época de Constantino, si bien desapareció con respecto a la mujer casada y sus descendientes, y se requería un motivo o causa legítimo para sacrificar a un esclavo durante el imperio: fue abolido por Valentiniano I". (*Diccionario de Derecho Romano*. Reus. Madrid, 1976. pp. 342-43).

es decir, tiene como padre cierto al marido de su madre, que muy difícilmente destruirá esa presunción.*

La presunción anotada se basa en razones del todo atendibles. En efecto, si la mujer casada tiene el deber de relación sexual con su cónyuge y, además, el de que tal relación sea exclusiva; si llegara a concebir, la deducción lógica no puede ser otra que la de que el engendrador, es el marido. Claro que como presupuesto indispensable para arribar a esta conclusión, debe asumirse que la mujer ha cumplido invariablemente con su obligación de fidelidad; pero, en principio, nada nos autoriza a suponer que ha ocurrido de otra manera.**

El aforismo "*mater semper...*" y la presunción "*pater is est...*", funcionan eficazmente cuando los acontecimientos se desarrollan de modo normal. La mujer alumbrada y el infante parido es, sin duda, su hijo; el marido de la mujer fiel está cierto en cuanto a su paternidad.

Pero la importancia del Derecho se revela en situaciones de conflicto, no en las rutinarias. La norma dice, por ejemplo, que el deudor debe pagar al acreedor. Si el deudor paga, lo postulado por la norma se satisface. ¿Tuvo alguna importancia práctica la existencia de tal norma? La disposición legal es relevante cuando, precisamente, no se cumple; cuando el deudor no paga. Hay entonces sí, una cuestión que resolver.

Si arrimamos este razonamiento al tema que ahora nos ocupa, tendríamos que, por una parte, el principio "*mater semper...*" merma su eficacia cuando lo confrontamos con situaciones anómalas, como acontece cuando el hijo no es alumbrado tras un proceso biológico normal o bien cuando resulta dudosa la identidad del producto; y, por otra, que la presunción "*pater is est...*" disminuye su credibilidad, si está contradicha por hechos que crean incertidumbre acerca de la paternidad del marido o de plano la hacen imposible.

* Los hermanos Mazeaud consideran esta presunción como "irrefragable" y expresan su deseo de que tal presunción (que consigna el artículo 132 del Código Civil francés) devenga en simple, es decir, destruible mediante prueba científica (op. cit. p. 325).

** No acontece de igual forma que el hijo extramatrimonial, cuya madre no tiene obligación de relación sexual con nadie en particular y, menos aun, de que tal relación sea exclusiva. Entonces, ¿con qué base se haría la imputación legal de paternidad a determinado individuo?

¿Hacia dónde nos conducen los planteamientos anteriores? Con el adelanto científico y el avance jurídico que ahora poseemos, a la idea de que en las situaciones anómalas o de conflicto debemos desechar las presunciones tradicionales y partir de estos tres nuevos principios:

- La madre no siempre es biológica y jurídicamente cierta.
- El marido, haya cohabitado o no con la madre, no es, necesariamente, el padre del hijo concebido por su esposa.
- El padre del hijo extramatrimonial, jurídica y biológicamente es siempre susceptible de resultar cierto (ya sea que reconozca al hijo o le imponga la paternidad una sentencia).

Reiteremos que estos tres principios son para ser aplicados en condiciones anómalas o de conflicto. Para las situaciones normales, bien pueden seguir funcionando los postulados tradicionales.

La problemática que en torno al establecimiento de la filiación afronta actualmente el Derecho y que hace necesaria una revisión a fondo de la normatividad relativa, es propiciada, sobre todo, por el gran adelanto científico en las técnicas para lograr la reproducción humana fuera del proceso natural y, también, por el conocimiento cada vez más profundo sobre cómo opera la herencia.

Desde hace ya algunos años, figuran dentro de lo factible y no son mera ciencia-ficción, fenómenos como la fecundación artificial *in vivo*,* la fecundación artificial *in vitro*,** el arrendamien-

* Es un método distinto al natural, para introducir el esperma en el interior de los órganos genitales femeninos (Cfr. MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea. Buenos Aires, 1990, p. 19.

** Da lugar a los llamados bebés de probeta. Consiste en la fecundación extracorpórea del óvulo. Este proceso ocurre naturalmente en las trompas de falopio, pero en el caso que nos ocupa, acontece en el laboratorio (Cfr. MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID. *Op. cit.* p. 33).

to de vientre* o maternidad subrogada,** la congelación de esperma para su posterior uso (incluso tras el fallecimiento de aquel a quien perteneció dicho esperma),*** la congelación de embriones,**** la histotipificación,+ el registro genético de espermatozoides,++ el establecimiento cierto de compatibilidad o incompatibilidad inmunogenética entre un individuo y su presunto hijo,+++ la reproducción clónica,**** etc.

-
- * Si una mujer no puede o no quiere (vg. para evitarse las molestias del embarazo) gestar al hijo, es posible que su óvulo fecundado se implante en el útero de otra, quien tras la evolución natural lo parirá. Desde luego no se trata de un "arrendamiento" de vientre, ya que jurídicamente un vientre y la persona física de la cual éste forma parte, no están en el comercio (Art. 1825 del Código Civil), no son cosas. Creemos que a este fenómeno se le podría dar el tratamiento propio de un contrato de prestación de servicios por obra determinada.
- ** Generalmente "*arrendamiento de vientre y maternidad subrogada*", se consideran sinónimos. Proponemos una diferencia: la *maternidad "subrogada"* debería reservarse para el caso de que la mujer asistente, prestara no sólo el vientre para la gestación, sino también el óvulo a ser fecundado con semen del marido de la mujer asistida (o de un tercero, que ésta proporcionara). Aquí no se trataría tan sólo de una posible prestación de servicios, sino además de la venta o donación del óvulo, surgiendo el problema contemporáneo de determinar si tal óvulo debe considerarse como parte corporal de la mujer asistente o bien como un nuevo ser en su etapa inicial. Por otra parte, para nuestro Derecho y a la luz de lo dispuesto en el artículo 2058 del CC., no puede admitirse para aludir al fenómeno jurídico de que se trata, el término *subrogación*, que no es sino la substitución del acreedor por otra persona, operada por disposición de la ley o por convenio, en virtud de que esta última paga por el deudor; empero, continuamos usando la expresión "*maternidad subrogada*", porque su acuñación data ya de algún tiempo y se ha hecho de uso general.
- *** En diversas partes del mundo existen lugares en los que se mantiene congelado el esperma humano para su empleo posterior. Parece que esta práctica ya existía en los Estados Unidos por la década de los 40's. En Francia se crearon a partir de 1973, centros de estudio y conservación del esperma humano (CECOS), que actualmente suman ya dos docenas; en ellos se utiliza exclusivamente esperma congelado (los CECOS, por cierto, fueron demandados por la viuda Corinne Parpalaix —el famoso caso Parpalaix— quien reclamó la devolución del semen de su marido fallecido en 1983. Un año después, el tribunal del conocimiento resolvió favorablemente a su pretensión).
- **** Al igual que el esperma, también los embriones pueden ser congelados (crioalmacenamiento). En apariencia, la congelación no altera el material genético del embrión (del griego *embryon* = feto; de *bryon* = yo broto). Alude al organismo en desarrollo desde el momento de la fecundación del óvulo hasta que posee vida propia. En la especie humana, el nuevo ser hasta el tercer mes de su concepción. (Cfr. *Diccionario Anaya de la Lengua*. Grupo Anaya, S.A. Madrid, 1991. p. 372).
- + O identificación genética de los tejidos humanos.
- ++ Que ya se practica también en diferentes partes del mundo. Su finalidad es la de controlar la identidad de cada partida de espermatozoides para el momento de su utilización (Cfr. LUIS VERRUNO Y EMILIO J. C. HAAS. *Manual para la Investigación de la Filiación*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1985. p. 10).
- +++ Constituye el tema fundamental del presente trabajo, por lo que abundaremos

Esto es ahora, pero causa escalofrío otear hacia el futuro. El desarrollo de la ingeniería genética hace posible en el porvenir casi inmediato, una manipulación del material hereditario que puede conducir a la aberración.* Toca al Derecho generar la normatividad para que la evolución científica, se mantenga en el cause adecuado: el de la libertad y el respeto a la dignidad humana.**

No quisiéramos concluir esta parte introductoria, sin dejar sentadas las siguientes aseveraciones:

ampliamente sobre él más adelante.

++++ Se denomina clonaje al "conjunto de técnicas genéticas usado para obtener copias exactas de un individuo. Se produce por la implantación de un núcleo de una de las células del individuo en un óvulo, al que hemos desprovisto previamente de su propio núcleo" (Diccionario Anaya de la Lengua. 8. *Glosario de Términos Científicos y Técnicos*. p. 1059).

* En 1931 Aldous Huxley escribió *Un Mundo Feliz*, obra en la cual describía un mundo excesivamente ordenado, habitado por "una sociedad completamente organizada, el sistema científico de castas, la abolición del libre albedrío por el acondicionamiento metódico, la servidumbre hecha aceptable por dosis regulares de bienestar químicamente inducido y las ortodoxias incluidas en cursos nocturnos de enseñanza durante el sueño" (Aldous Huxley. Nueva visita a un mundo feliz. Origen planeta. México. 1985. Pág. 11). Ese mundo estaba ubicado allá en el futuro de algún día, era amenazador y probable pero distante, discurría en el lejano siglo VII d.F. (después de Ford). Cuando veintisiete años después Huxley redactaba *nueva visita a un mundo feliz*, formuló esta reflexión: "La pesadilla de la organización total, que yo situaba en el siglo VII después de Ford, ha surgido del inocuo y remoto futuro y nos está esperando ahí mismo, a la vuelta de la esquina" (op. cit. p. 12), y en seguida, tras de prometer que más adelante se ocuparía de las técnicas de manipulación, añadía: "Por el momento fijemos nuestra atención en estas fuerzas impersonales que están haciendo al mundo tan extremadamente inseguro para la democracia, tan verdaderamente inhóspito para la libertad individual. ¿Qué son estas fuerzas? y ¿por qué la pesadilla proyectada por mí en el siglo VII d.F. ha avanzado tan rápidamente en nuestra dirección? La contestación a estas preguntas debe comenzar donde tiene sus comienzos la vida de hasta la más civilizada de las sociedades: en el campo de la biología" (op. cit. p. 16).

** Surge la posibilidad real, de que el hombre pueda jugar a que es Dios; de que aprovechando el conocimiento genético pretenda la creación de una especie humana constituida por seres "superiores" perfectos. Algo parecido a lo que alguna vez concibió Adolfo Hitler, según el conmovedor relato de Hermann Rauschning (*Hitler me dijo...*, Publicaciones Cruz O., S.A. México, 1988. pp. 39 y sigs). En el futuro se podrán cambiar algunas de las características genéticas y hacer que permanezcan otras; quizá dar vida a un ser con la inteligencia de Einstein, pero de aspecto apolíneo. ¿Será deseable esto? ¿No acabaremos creando un aterrador Frankenstein?

— *Para el futuro, será preciso crear normas que NO tengan como base para establecer la relación materno-filial, el parentesco biológico, sino otros factores que deban ser tomados en cuenta para alcanzar determinados fines, que interesen y convengan al Derecho y a una buena política familiar.*

— *En cuanto a la relación paterno-filial, para su exclusión o para establecer que existe (dos caras de una misma moneda), debe ser regulada de tal forma, que los resultados se funden no en presunciones sino en la prueba genética, o bien, en su caso, en la voluntad del presunto progenitor.*

CERTIDUMBRE DE LA MATERNIDAD Y ESTABLECIMIENTO DE ESTA

No nos ocuparemos aquí del caso en que se ha perdido la referencia física entre el hijo y la madre (como cuando un recién nacido es secuestrado por alguien o abandonado por la presunta progenitora, y se hace necesario probar que el infante encontrado es, ciertamente, aquel pequeño). En estos casos el tratamiento que debe aplicarse, *mutatis mutandis*, es análogo al que corresponde emplear cuando lo que se investiga es la paternidad.

Ahora lo que nos interesa revisar es el supuesto en el cual el "hijo" (así, entre comillas) nace fuera del proceso biológico natural. Propongamos un ejemplo para clarificar esta idea:

*Una mujer (ya sea casada o soltera), desea ardientemente procrear un hijo, pero deficiencias orgánicas se lo impiden. Así que obtiene de alguna otra un óvulo (a título gratuito u oneroso) y consigue que sea fecundado in vitro (con semen de su cónyuge, si es casada, o si no lo es, de un extraño); después, el óvulo es implantado en una tercera mujer, que gesta y alumbró a una hermosa criatura. ¿Quién de las tres intervinientes en esta hipótesis, es la madre?**

Cada una de las tres mujeres tiene razones para considerarse la madre. La que proporcionó el óvulo, porque el material genético aportado al hijo procede de ella; biológicamente es la progenitora. La mujer que convino con las otras dos (con una, el que prestara el óvulo; con la otra, que lo gestara), es la madre que yo llamaría jurídico-convencional; su derecho se funda en el *principio pacta sunt servanda*.

La tercera mujer, es también madre jurídicamente, pero de acuerdo a los fundamentos tradicionales; posee una maternidad legal, ya que en nuestro Derecho lo determinante es el alumbramiento, pues el artículo 360 del Código Civil dispone en su parte inicial: "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, **del solo hecho del nacimiento**".

Desde el ángulo estrictamente jurídico, las tres mujeres contarían, dado el caso, con argumentos atendibles para sostener su maternidad.

La madre **biológica**, porque como ya se advirtió, es la progenitora. Se entiende por progenitor al "ascendiente directo de quien procede una persona".* Dentro del Código Civil vigente, el parentesco de consanguinidad se determina en función de que una persona descienda de la otra (artículos 293 y 297).** Con apego a las reglas del parentesco, la relación materno-filial se da entre la madre biológica y el hijo; ella es la progenitora, la persona de quien desciende el hijo, quien proporcionó la carga genética heredada por éste: "es sangre de su sangre".

+++Y podríamos abundar todavía más la problemática de esta compleja y no tan fantasiosa hipótesis, si asumimos que la mujer del supuesto es casada y la fecundación tuvo lugar con semen de un tercero, pero con el consentimiento del marido; y todavía más, podemos suponer que las mujeres donadora y alumbradora son casadas. ¡Qué problemas para el establecimiento del parentesco! El infante podría contar hasta con catorce abuelos (de tres madres y cuatro padres) y legiones de hermanos, tíos, primos, etc.

* Del lat. *progenitor-oris* de **pro** con idea de continuidad + **genitor** = engendrador, de *genus* = origen, raza. (*Diccionario Anaya de la Lengua*. p. 782).

** "Art. 293. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

"Art. 297. La línea es recta o transversal; la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras".

En cuanto a la madre **jurídico-convencional**, los pactos celebrados con las otras dos mujeres que intervienen en la procreación del hijo, la autorizan para formular su reclamo de maternidad. Existe el obstáculo en nuestro Derecho, relativo a determinar si el óvulo puede estar en el comercio y si el servicio consistente en la gestación, cae dentro de lo legalmente autorizado.

Creemos que no hay óbice legal para que un óvulo sea objeto de comercio. Un óvulo no es, desde luego, una persona, y ya desprendido, ni siquiera parte de ella (es, apenas, una célula viva). Se trata, cuando está unido, de una parte del cuerpo que pudiera considerarse reponible (no quisiera entrar ahora al complejo problema de los actos de comercio sobre partes del cuerpo. Sólo quiero recordar que antes de que el SIDA y, sobre todo, el abuso, hicieran necesaria la prohibición, podía comprarse la sangre, que es un tejido vivo; actualmente puede ser objeto de donación). Aquí, lo más importante sería establecer que la adquisición del óvulo es con un fin lícito,* como lo requiere el artículo 1795, fracción III, del Código Civil. Personalmente, me parece que la adquisición del óvulo por parte de una mujer que por deficiencias orgánicas no puede procrear y desea de este modo satisfacer su innato anhelo de ser madre, no tiene nada de reprobable, sino todo lo contrario.

Por otro lado, la prestación del servicio consistente en la gestación es desde luego posible y también lícita, ya que, entendemos, no contraría ni al orden público ni a las buenas costumbres. Resulta por lo anterior compatible con lo dispuesto en los artículos 1824, fracción II; 1827, fracciones I y II, y 1830, todos del Código Civil.

Por último, en lo atinente a la **madre legal**, la fundamentación de su pretensión ya quedó señalada antes y consiste, básicamente, en el hecho de que es ella quien da a luz: con ella tiene lugar el nacimiento.

Lo cierto es que, con la normatividad contenida en el Código Civil, únicamente recurriendo a verdaderos artificios podemos obtener soluciones, que serán siempre discutibles. Tal situación

* No lo sería, por ejemplo, si el óvulo se adquiriera para realizar experimentos con él.

puede superarse con facilidad, legislando expresamente sobre la materia de acuerdo a las finalidades que se desea alcanzar y a una sana política familiar. En nuestro concepto, debería tomarse como base en la regulación relativa, la necesidad de satisfacer el anhelo de la madre frustrada por disfunciones orgánicas.

LA EXCLUSIÓN DE LA PATERNIDAD O, EN SU CASO, EL ESTABLECIMIENTO DE LA MISMA

Tradicionalmente los ordenamientos legales han regulado separadamente el desconocimiento de la paternidad y la investigación de la misma. Se justifica este proceder, porque en el primer caso se trata de excluir a un hijo **nacido de matrimonio**, es decir, se refiere al supuesto de un hijo que se imputa legalmente a un individuo determinado (el marido), y que éste no quiere admitir como suyo. En el segundo caso no existe imputación legal de paternidad, pero sí un juicio enderezado a probar que cierto hijo extramatrimonial lo es de determinado padre.

Empero hay una unidad esencial entre ambos casos, porque en los dos el punto central reposa en la determinación **de si existe o no, la procreación de un individuo por otro.**

Pero refirámonos separadamente a cada una de estas dos situaciones.

El desconocimiento del hijo

Desde la época del Derecho Romano, la prueba idónea se basa en la comprobación de que no pudo haber habido relación carnal entre la madre y el presunto padre (o sea el marido), durante la época en que debió ser engendrado el hijo. Es esta orientación la que sigue al Código Civil vigente en el Distrito Federal.

El artículo 324 establece quiénes se presumen hijos de matrimonio. Y, en seguida los artículos 325 y 326 disponen:

"Art. 325. *En contra de esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".*

"Art. 326. *El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".*

De los preceptos transcritos (mucho habría que comentar respecto a ellos) sólo nos interesa ahora, aquéllo de "no se admite otra prueba" (Art. 325) y "no podrá desconocer a los hijos... a no ser que" (Art. 326); esto es, nos importa destacar lo cerrados que son, lo limitantes que resultan para el infortunado supuesto progenitor, que aun conociendo de cierto que los "hijos" que se le atribuyen no son suyos (la esposa incluso podría haber confesado el adulterio),* está impedido de destruir la presunción porque la ley le restringe, hasta el estrangulamiento, los medios de prueba.

Agravando lo anterior, concurre el breve lapso de sesenta días que concede el artículo 330 sustantivo, para contradecir que el nacido es hijo de matrimonio.

En tiempos como los actuales, en que la prueba genética es absolutamente viable, una disposición del jaez de las dichas, es simplemente inicua. Reflexionaremos nuevamente sobre esta problemática más adelante.

* De acuerdo a la legislación civil vigente en el Distrito Federal, la confesión del adulterio por parte de la madre, incluida la aseveración de que los hijos no son de su marido, es irrelevante a los efectos de la determinación de la filiación de la prole habida de matrimonio, como puede advertirse del artículo 326 del CC. ya transcrito y del 345, que dispone:

"Art. 345. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

La investigación de la paternidad

Establecer la relación paterno-filial entre dos personas, no es tarea fácil. Recordemos, primeramente, el texto del artículo 382 del Código Civil vigente, que parece restringir la investigación de la paternidad a casos concretos, situándose así dentro del sistema francés (aunque esto no es cierto, pues en realidad permite la libre investigación como lo propone el sistema alemán,* la

* En efecto, el epígrafe del artículo 382, expresa: "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:". Literalmente el texto expresa en qué casos, es decir, cuándo se permite la investigación de la paternidad, por lo que, *contrario sensu*, no está permitida en todos los demás. De este modo, la legislación mexicana sí permitiría la investigación de la paternidad, pero no de modo irrestricto.

Ciertamente, todo apunta a suponer que el Código Civil vigente en el Distrito Federal optó por el sistema francés. Así lo explica en una prolija ejecutoria la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Amp. D. 2848/56. Ignacio Flores Alvarez. *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fallos de 1917-1965. Cuarta Parte. Tercera Sala. pp. 606 y 607): "Filiación Natural. Sistema Mexicano en el Derecho Comparado (investigación de la paternidad): El Derecho Mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que, como se sabe, es diferente del sistema alemán y del inglés, dado que en este último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declara la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema alemán es un sistema abierto de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna; y el francés, aunque autoriza la investigación, lo hace solamente en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas, y algunas veces restringiendo los medios de prueba, y que es precisamente el nuestro". Tradicionalmente la doctrina nacional comparte la tesis de que en lo que atañe a la investigación de la paternidad, el Código Civil capitalino la autoriza con restricciones, lo que permite decir que se ubica dentro del sistema francés (Cfr. Benjamín Flores Barroeta. *Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil*. Universidad Iberoamericana. México, D.F., 1965. p. 419; Rafael Rojina Villegas. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo segundo, volumen II. Antigua Librería Robredo. México, D.F., 1962. pp. 412 y sigs; Rafael de Pina. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Volumen Primero. Ed. Porrúa, S.A. México, 1960. p. 356). Disiente de modo de pensar, el maestro Ignacio Galindo Garfias, para quien la legislación vigente, se "ha separado del sistema francés y se inspiró en el artículo 1717 del Código Civil alemán" (*Derecho Civil. Primer Curso*. Ed. Porrúa, S.A. México. 1979., p. 644).

La desaparecida maestra, de muy grato recuerdo, Sara Montero y el que esto escribe, fuimos alumnos del maestro Galindo Garfias en 1965, durante los cursos de preparación de docentes. Data de entonces nuestra afiliación a esta tesis (Cfr. Sara Montero Duhalt. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1984. p. 313). Por otro lado la exposición de "Motivos del Código Civil", en la parte referente a este tema, dice textualmente: "se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad,

redacción del precepto citado puede crear una barrera psicológica que, de alguna manera, limite la actuación en este campo).

¿De qué manera suele proceder quien arrostra las dificultades que entraña el establecimiento de que un cierto hijo lo es de determinado padre, en un juicio de investigación de la paternidad? El litigante, en este caso, enfrenta el problema de dar credibilidad

porque los hijos tienen derecho a saber quiénes los trajeron a la vida... etc.". Al decir el Código que se registró una mera ampliación en el número de casos en los cuales procede la investigación de la paternidad (la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, en su artículo 187 declaraba "absolutamente prohibida la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio", salvo las excepciones establecidas en los artículos 197 y 211 del mismo ordenamiento), lo que en realidad está implicando es que no se permite la libre investigación, pues aun **se le restringe a un cierto número de casos**. Durante la revisión del proyecto del Código Civil, en los anexos del informe que la Comisión rindió al Oficial Mayor (encargado del despacho) de la Secretaría de Gobernación (20 de mayo de 1928), en el punto 9o. se reitera la afirmación de que en cuanto a la investigación de la paternidad, **se ampliaron** los casos en que se le autorizaba.

Por nuestra parte creemos que conforme al actual Código Civil la investigación de la paternidad es libre, pues si bien al artículo 382 parece señalar en sus cuatro fracciones **limitativamente** los casos en que exclusivamente está permitida la investigación de la paternidad, lo cierto es que la última de ellas ("IV. Cuando el hijo tenga en su favor un principio de prueba en contra del pretendido padre") abre una posibilidad prácticamente total a la indagación, pues no exige para que se pueda proceder a esta última, prueba por escrito y ni siquiera una prueba propiamente dicha, sino apenas un "**principio**" de prueba. Esto facilita grandemente al hijo el ejercicio de su acción, sobre todo después de la reforma al artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles, conforme al cual "Son admisibles como prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de hechos controvertidos o dudosos". Así pues, prácticamente **todo**, mientras posea la característica dicha, puede ser tenido como prueba.

Por otro lado, resulta obvio que nadie en su sano juicio, en este caso o en algún otro, intentaría una acción cualquiera sin contar con los medios de prueba idóneos para justificar su pretensión.

La única limitante a la libérrima investigación de la paternidad (o, en su caso, de la maternidad) está constituida por el artículo 387 sustantivo: "El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas". Está claro que la intención del precepto es la de que si alguien de bondadoso corazón, auxilia a un infante necesitado, esta generosa actitud no se vuelva contra él y le cree el problema de que el socorrido le sea imputado como hijo. No disponer de este modo, desalentaría los propósitos de generosidad.

En síntesis, el legislador (que en tantos artículos del Código Civil muestra su inclinación protectora hacia los hijos) pretendió sumarse a la tesis francesa, pero lo arrolló su característica tendencia ya dicha, por lo que se trascendió a sí mismo y acabó inscribiéndose dentro de la corriente alemana.

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 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 cuál de todos los participantes, es finalmente el engendrador.

Salvo excepción, el resultado de las pruebas aportadas en el juicio no suele ser totalmente convincente.

El día de hoy, todas estas penalidades pueden ser obviadas por la **prueba de compatibilidad inmunogenética** para la investigación de la paternidad/maternidad.

* Lo anterior, no obstante que nuestro Código Civil no incluye una disposición semejante a la del artículo 1717 de su correlativo alemán, que expresa: "Art. 1717. Como padre del hijo ilegítimo, y para efecto de los artículos 1708 a 1716 (relativos a la obligación de proporcionar alimentos) 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 este tiempo... etc."

HOMENAJE AL MAESTRO DON ANTONIO IBARROLA AZNAR 37

¿Qué se requiere para practicarla? "Una simple extracción de sangre, equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, inocua, indolora, no invasora y atraumática, es el único material biológico necesario para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza aproximada de 100%".*

Hay que insistir en que la prueba de pericia hematológica es productora de una convicción total. En esto, sobre todo, radica la recomendación de su empleo. Verruno y Haas no lo podrían haber expresado mejor, cuando refiriéndose a la combinación de los índices de probabilidad acumulada, aseveran que "presentan una certeza aún mayor que si el progenitor dejara las huellas digitales grabadas en el niño".**

Veamos en qué consiste esta prueba:

El ser humano posee en cada una de sus células 46 cromosomas, que portan toda la información genética transmitida por sus progenitores. Los 46 cromosomas conforman 23 pares; cada par contiene uno de origen paterno y otro de origen materno, debido a que al ocurrir la fecundación, el espermatozoide y el óvulo son portadores, cada uno, de 23 cromosomas impares, que se organizan en pares en el embrión, para dar lugar al cariotipo (conjunto de los 46 cromosomas de una célula).

De lo precedente resulta una consecuencia muy importante: **todo material genético del hijo en el que no esté representado uno de los padres, necesariamente debe provenir del otro.***** Obtenemos así una regla de exclusión de la paternidad con valor absoluto, para el supuesto de que el hijo presente material genético que no pueda proceder del marido o del presunto padre (si el hijo es extramatrimonial) y si, en cambio, aparezca el de la madre: en uno y otro caso, el varón imputado no puede ser el engendrador (*mutatis mutandis*, la prueba es idónea también para la exclusión de la maternidad).

* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 13.

** VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 40.

*** Cfr. LUIS VERRUNO Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 14. La exposición de carácter genético que en adelante se formula, está basada en la obra de los dos eminentes tratadistas a que se refiere esta nota.

Las características genéticas se heredan de padres a hijos siguiendo las Leyes de Mendel, su descubridor.* Los cromosomas contienen en su estructura ácido desoxiribonucleico (ADN); la porción de molécula de ADN que codifica un determinado carácter (por ejemplo, el grupo sanguíneo A) se llama gen. Un cromosoma contiene miles o millones de genes, pues existen tantos genes como características genéticas. El conjunto de genes es el **genotipo** y cada mitad paterna o materna, el **haplotipo**: por tanto cada individuo se compone de un haplotipo materno y otro paterno. La combinación visible de ambos grupos de genes, constituye el **fenotipo**.

La conformación del fenotipo está determinada por la índole de los genes. "Algunos genes siempre se expresan en el fenotipo... son los llamados genes dominantes. Otros en cambio sólo se expresan en el fenotipo si se encuentran en pares en el genotipo, es decir que el padre y la madre otorgan el mismo gen en cuyo caso se denomina gen **recesivo** y la condición de manifestarse es la señalada... Una tercera categoría de genes es la llamada genes **codominantes** donde siendo distintos ambos genes paternos, se expresan ambos en el fenotipo. **En los estudios de filiación se detectan especialmente aquellos genes que son codominantes.**"**

El aspecto estadístico tiene en esta materia una gran importancia. Si lo que se pretende es identificar a una persona con otra por su vínculo biológico, deben buscarse sus características comunes. Si se toma como referencia el grupo sanguíneo y ambas personas (presuntos padre e hijo) lo comparten, la circunstancia de que una gran parte de la población lo posea, disminuye la

* JUAN GREGORIO MENDEL (1822-1884), religioso alemán y notable botánico, descubridor de importantísimas leyes sobre la herencia biológica.

** VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 15. Continúan diciendo estos autores: "Un ejemplo claro lo constituyen los grupos de sangre ABO. Si el padre transmite el gen A y la madre el gen B, el niño será AB. Para ser grupo O, el niño deberá heredar el O de cada progenitor, es decir será OO. Si en cambio un progenitor transmite el gen A y el otro el gen O, el genotipo del niño será AO y en sus glóbulos rojos se podrá identificar sólo el grupo A, es decir, el niño será fenotípicamente A pues el O no se detecta. El genotipo AO produce fenotipo A... si el niño hereda de cada progenitor el grupo A será genotípicamente AA (homocigota para el carácter A). En ambos casos el fenotipo tipificable en el laboratorio será: grupo A en glóbulos rojos" (Op. Cit. pp. 15-16).

importancia del resultado. Pero si se opta por una combinación de características fenotípicas que incluya varias decenas de factores, la probabilidad de determinar la relación paternal se multiplica hasta el extremo de la convicción total. Para dar una idea clara, si tomamos exclusivamente el sistema HLA, los genotipos posibles son más de 325,000'000,000.*

Finalmente, habrá que mencionar la necesidad de tomar en cuenta los alelos, que son las formas alternativas de un mismo gen. El padre alegado quedará excluido si no presenta el alelo del gen que le corresponda.

La prueba de compatibilidad inmunogenética es muy completa y consta de cuatro partes: determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos; de los antígenos humanos leucocitarios o antígenos del sistema HLA; de las proteínas de suero sanguíneo o proteínas séricas, y de los alelos de las enzimas también ubicadas en el suero sanguíneo. Por obvias razones no abundaremos mayormente sobre estos aspectos que son de carácter biológico y pueden ser ampliamente consultados en la obra de Verruno y Haas ya citada.

Admisibilidad de la prueba genética

Como se dejó sentado previamente al hacer referencia a la regulación que suelen efectuar los ordenamientos legales del desconocimiento de la paternidad y de la investigación de la misma, estas figuras jurídicas son al fin y al cabo las dos caras de una misma moneda; en ambos casos se trata de determinar si existe o no la procreación de un cierto individuo por otro determinado.

Desconocimiento de la paternidad: En lo que concierne al desconocimiento del hijo nacido de matrimonio, dada la redacción

* ALEJANDRO KAUFFMAN ejemplifica diciendo que es como si a cada persona en el mundo se le distribuyesen las mismas letras: sería altamente improbable que coincidieran al azar en su ordenamiento y escribieran dos libros iguales. Las letras son los genes: el texto, su combinación (citado por Verruno y Haas. Op. Cit. p. 16).

de los artículos 325 y 326 (que ya antes transcribimos), la prueba basada en la pericia hematológica es, conforme a la legislación vigente, inadmisibles. Tal solución es evidentemente injusta para el marido, que a sabiendas de que no puede ser el padre, debe soportar las consecuencias de presunciones poco menos que insalvables.

Investigación de la paternidad: En cuanto a la investigación de la paternidad, la cuestión puede ser observada desde dos puntos de vista diferentes: el del hijo, que aspira a establecerla en relación a su presunto padre, y el de éste que pretende rechazarla.

En lo que se refiere al hijo, si bien el Código Civil no dice expresamente que puede emplear todos los medios ordinarios de prueba, es claro que tiene esta posibilidad, sobre todo si se considera que respecto de la investigación de la **maternidad**, el ordenamiento citado explícitamente lo autoriza.* La analogía entre los casos de investigación de la paternidad y de investigación de la maternidad es inconcusa y debe operar en cuanto a ellos el principio de Alciato: *Ubi eadem ratio, ubique eadem legis dispositio*.

Por otro lado, en tanto que el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles admite como medio de prueba todo aquello que es capaz de generar convicción en el juez, no parece haber dificultad para que la prueba pericial hematológica sea admitida por los tribunales. De por sí la prueba pericial es una de las previstas y reguladas legalmente** y su objeto es el de ilustrar al juez "cuando son necesarios conocimientos especiales en alguna ciencia" (Art. 293 CPC); empero, su valoración la debe hacer el tribunal apreciándola dentro del conjunto de las pruebas, "atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia" (Art. 402 del CPC).

En lo que atañe al padre imputado, el mismo artículo 289 aludido funda la posibilidad de que aquél recurra a la prueba

* **Art. 395.** Está permitido al hijo nacido fuera del matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada".

** El Código de Procedimientos Civiles dedica a su regulación, la Sección IV del Capítulo IV de su Título Sexto.

pericial sobre compatibilidad inmunogenética, para demostrar que no es el progenitor.

No obstante todo lo anterior, sería deseable que el Código Civil se refiriera a la prueba que nos ocupa, autorizando expresamente su empleo, para disipar cualquiera duda que pudiera existir al respecto.

Veamos cuál es la admisibilidad de que disfruta la prueba hematológica en algunos países:

Alemania. Según los datos con que se cuenta, se le admite desde 1927. En ese entonces el conocimiento científico no había alcanzado altos niveles en esta materia y su valor se consideraba relativo. Hoy día en cambio, se le otorga alta credibilidad y su empleo en tribunales es frecuente.

Argentina. "El artículo 325 del Código Civil, modificado por la ley 14.367 del año de 1954, menciona la admisión de la investigación de la paternidad de todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurren a demostrar la filiación natural".*

Bélgica. Los tribunales fueron facultados para disponer, de oficio, el examen sanguíneo o cualquiera otra indagación de acuerdo a los métodos científicos probados, por el artículo 313-C del Proyecto Belga de 1978; lo anterior no implica la obligación para alguien de someterse a la extracción de sangre, pero queda al arbitrio del juez la valoración de tal negativa.

Costa Rica. El Código de la Familia que data de 1974, admite la prueba de los grupos sanguíneos y otras más de carácter genético, para excluir la paternidad, ya sea que el hijo haya nacido dentro o fuera del matrimonio; la prueba debe ser efectuada por el "organismo de investigación judicial de la Suprema Corte de Justicia".

Dinamarca. La legislación procesal admite que los tribunales exijan la práctica de la prueba de la hematológica; la negativa de los presuntos progenitores a que se efectúe, se considera indicio que debe ser valorado por el juez. La prueba deberá

* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 191.

practicarse por el Instituto Médico-Legal de la Universidad de Copenhague.

España. El artículo 127 del Código Civil Español, dispone: "En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas... etc."

Estados Unidos. "En la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, se expuso por primera vez en los Estados Unidos, la teoría general de la aceptación de la evidencia científica".* Verruno y Haas, en la pág. 107 de su obra (que repetidamente mencionamos), incluyen una detallada relación de los estados de la Unión Americana que aceptan la prueba de sangre en la investigación de la filiación, agrupándolos de acuerdo a diversos criterios.

Francia. El artículo 340-1, inciso 3, del Código Civil, establece como condición para la admisibilidad de la acción de filiación, el sometimiento al análisis de grupos sanguíneos o de otros métodos médicos ciertos.

Suiza. Se admite la prueba hematológica con restricciones (Art. 256 del CC.)

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los principios clásicos "*mater semper...*" y "*pater is est...*", basados en la lógica y la experiencia, son suficientes cuando se aplican a situaciones fuera de conflicto, pero en presencia de éste pueden ser superados con ventaja por soluciones basadas en la prueba de pericia hematológica.

SEGUNDA. El adelanto alcanzado en el conocimiento de los mecanismos de herencia, la ingeniería genética y también en el campo jurídico, dan lugar a tres nuevos principios que deben ser tomados en consideración al resolver situaciones anómalas o de conflicto (o sea aquellas en las que hay incertidumbre sobre la maternidad o la paternidad). Estos principios son:

* VERRUNO LUIS Y EMILIO J.C. HAAS. Op. Cit. p. 109.

- La madre no siempre es biológica y jurídicamente cierta.
- El marido, haya cohabitado o no con su cónyuge, no es, necesariamente, el padre del hijo concebido por su esposa.
- El padre del hijo extramatrimonial, jurídica y biológicamente es siempre susceptible de resultar cierto.

TERCERA. El principio de que la madre siempre es cierta, requiere actualmente ser revisado, ante las innovaciones científicas que hacen posible el alumbramiento de un infante tras un proceso biológico que no es el normal.

CUARTA. Debe admitirse por la legislación que la presunción que imputa al marido todo hijo habido por mujer casada, pueda ser destruida mediante la prueba conocida como de compatibilidad inmunogenética, dada la certidumbre que ofrece su resultado.

QUINTA. La legislación debe también disponer expresamente la admisibilidad de la prueba aludida en la conclusión anterior, en los juicios sobre investigación para la paternidad; con lo anterior se disiparía toda posible duda, acerca de si la prueba de que se trata se acepta o no para establecer o excluir (según el caso) la relación paterno-filial.

SEXTA. Debe procurarse a la mujer que no puede procrear, la oportunidad de ser madre recurriendo a los medios que en nuestra época provee el progreso científico. Prescindiendo del parentesco biológico, la ley debe regular estas situaciones atendiendo a los fines que ella misma se proponga y a la necesidad de una sana política familiar.

SEPTIMA. En todos los casos e irreversiblemente, debe tenerse por jurídicamente cierta la paternidad del hombre que de manera expresa acepte como suyo al hijo. Será ésta también una forma de tutelar la libertad individual del presunto padre.

OCTAVA. La evolución del derecho no debe ser frenada por el temor que ocasiona el progreso científico en el ámbito de la genética (debido a las manipulaciones que ya es posible efectuar dentro de él). Por el contrario, deben ser aprovechados tales adelantos en beneficio de la humanidad; la función del Derecho consiste ahora en proporcionar los cauces para que

se proceda a ello con pleno respeto a la libertad y a la dignidad humanas.

NOVENA. La evolución del conocimiento genético plantea, sobre todo, un problema de libertad: ¿hasta dónde se puede permitir la contratación de actos que envuelven a futuros seres humanos?; ¿hasta dónde se puede manipular el material genético, para lograr o desechar determinadas características humanas?; ¿hasta dónde se puede obligar a alguien para que se preste al examen hematológico?; ¿hasta dónde...?