

LA PRUEBA GENÉTICA (COMENTARIOS DE UN JUICIO)

Ingrid BRENA SESMA¹

SUMARIO: I. *Presentación*. II. *Síntesis del juicio*. III. *Comentarios*. IV. *Conclusiones*.

I. PRESENTACIÓN

Llegó a mis manos un interesante expediente sobre un juicio en el cual se discutió la paternidad de un menor. El niño nació dentro de matrimonio y fue registrado como tal, pero un tercero, con quien la madre mantuvo una relación sexual extramatrimonial pretendió desconocer lo que llamó reconocimiento del menor, y la atribución de la paternidad en relación a éste. Denominaré en el texto de la investigación como A a la madre del menor; B, al marido de ésta durante la gestación y nacimiento del niño, y C, al padre biológico y primer accionante en el juicio.

El expediente consta de un juicio de primera instancia, apelación y amparo; vuelta al juez natural; nueva apelación, y resolución en un segundo amparo. Lo interesante del juicio fueron los distintos criterios sustentados por las diversas instancia que conocieron del asunto, y nos muestran la necesidad de conocer más sobre los temas tratados y la evolución doctrinal actual para, de alguna manera, tratar de establecer una nueva panorámica sobre la filiación que resulte más uniforme.

Destacaremos el tema de la presunción del artículo 324 del Código Civil (en adelante, CC)² y la posibilidad de romperla a través de la prueba genética,³ así como el cuestionamiento sobre la legitimidad de una persona para accionar el reconocimiento de su paternidad, aun cuando no se encuentre en los supuestos de las acciones de filiación.

1 Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

2 Cuando se mencione el Código Civil nos referimos al del Distrito Federal.

3 Denominada también biológica o inmunológica en el trabajo.

La doctrina jurídica actual ha dado un vuelco de ciento ochenta grados: de la tradicional doctrina protectora de la familia unida en matrimonio, fosilizada y en muchos casos injusta, a una más abierta que permite, si aún no se han dado los cambios legislativos, una interpretación de las normas que lleve al descubrimiento de la verdad “verdadera”, de la paternidad, si con ella se logran beneficios para los hijos.

Se consideró la pertinencia de iniciar la investigación con una síntesis de las distintas instancias del juicio, para después reflexionar sobre los temas antes mencionados, con la revisión de literatura extranjera, sobre todo aquélla cuyos criterios podrían adecuarse a nuestra realidad mexicana. Por último, me permito plantear mis conclusiones sobre el análisis efectuado.

II. SÍNTESIS DEL JUICIO

1. *Primera instancia*

Demanda. El actor, C, presentó su demanda fundado en los siguientes hechos: el matrimonio de A y B, su propia relación sexual con A, el nacimiento de un niño y su registro como hijo del matrimonio formado por A y B; el divorcio de esa pareja y su posterior matrimonio con A; así como su relación afectiva y responsabilidad con el niño.

Para demostrar la posesión de padre respecto al menor, refirió la forma de en que otorgó su firma cuando éste fue inscrito en una guardería a los tres meses de edad y lo llevó y recogió como su verdadero padre mientras permaneció en ella; en cambio, B nunca compareció ni tuvo el menor interés en el niño. En noviembre 1986, el demandado sustrajo al menor del hogar conyugal sin autorización de la madre y lo retuvo durante seis días. El niño fue devuelto sucio, hambriento y con huellas de maltrato.

El divorcio por mutuo consentimiento de A y B fue ejecutoriado el 9 de noviembre de 1987. Dictada la sentencia, el divorciado solicitó permiso en su trabajo sin goce de sueldo para que no se le descontara la pensión a la cual fue condenado. Desde entonces B se ha desentendido del menor, y finalmente abandonó su trabajo, y la pensión, cuando la ha habido, ha sido mínima para seguir aparentando ser el padre del niño.

A contrajo matrimonio con C en septiembre de 1988. En el seno del hogar, C se comporta como el padre del menor y contribuye principalmente en su subsistencia. C considera que, divorciada A de B, no hay

impedimento para lograr la contradicción del falso reconocimiento del niño que hizo B.

En mayo de 1992, A, C y el menor acudieron a un laboratorio biológico H.Y.L.A., en donde se sometieron a la prueba de inmunología de determinación de antígenos de histocompatibilidad (IDAH). La prueba confirmó la paternidad de C. Sustentado en los hechos y en las pruebas aportadas, el actor pidió en su demanda que se dictara sentencia declaratoria de que el menor no era hijo B, sino suyo.

Contestación. El demandado, B, consideró falsa la afirmación sobre el pretendido descuido del menor. Manifestó haber proveído lo necesario para su manutención a través de la madre, y, cuando fue necesario, haber consignado judicialmente el importe de los alimentos del niño. Respecto a la petición del actor, invocó en su favor varias disposiciones del CC:

El artículo 340: “la filiación de los hijos nacidos en matrimonio se prueba con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres”. Al limitar la ley taxativamente los medios de prueba de la paternidad, el demandado consideraba que la prueba genética devenía inoficiosa y negaba su validez; además, afirmaba que nadie podía obligarlo a someterse a prueba alguna.

El artículo 368 invocado por el actor es de “reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio”, y el menor hijo del demandado no fue reconocido, sino registrado como hijo legítimo. Respecto a la rectificación del acta solicitada, ésta sólo se alega cuando el suceso registrado no pasó y el nacimiento dentro de matrimonio sí ocurrió.

El artículo 324 enuncia la presunción de quienes son hijos de matrimonio: “I. los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio [...]”. Estos presupuestos no se alegaron ni podía alegarse dentro del juicio.

Los artículos 330 y 345 establecen que la contradicción de la paternidad, respecto del hijo nacido dentro del matrimonio, le corresponde únicamente al marido.

El artículo 336 señala que en el juicio de contradicción de la paternidad serán oídos la madre y el hijo; en consecuencia, el actor carece de legitimación activa para ejercitar la acción.

El artículo 345 establece que “no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido [...]”, de manera que su confesión no

tendría valor dentro del juicio, y el artículo 374, que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido a menos que éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es suyo”. El demandado nunca pretendió desconocer al menor.

Tutora en representación del menor. Dentro del juicio se nombró una tutora especial al menor. Ella recomendó la realización de pruebas psicológicas para determinar la adaptación del menor al nuevo hogar y consideró la prueba inmunológica como esencial para la determinación de la verdad.

La codemandada A ratificó lo expresado por C en la demanda.

Sentencia del 8 de marzo 1994. El juez dictó sentencia bajo los siguientes términos: el demandado acreditó sus excepciones y defensas y el actor no probó su acción. La madre y el padre legal continuarían con la patria potestad del menor.

2. *Apelación*

Inconforme con la sentencia, C apeló. El recurso fue tramitado por la sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, y resuelto el 3 de marzo de 1995, el cual confirmó la sentencia de primer grado.

3. *Juicio de amparo*

En contra de ese fallo, C promovió juicio de amparo directo, turnado al tribunal colegiado en materia civil del primer circuito en el Distrito Federal, el cual concedió el amparo solicitado, en los siguientes términos:

a) Asiste la razón al quejoso en el problema medular de sus conceptos de violación, y el contenido de los artículos 62, 63, 374 del CC, los cuales admiten interpretación en el sentido de que la mujer casada puede reclamar la paternidad al ex cónyuge si lo demuestra por los medios que permite la ciencia. Es decir, que la presunción legal de la filiación a favor del cónyuge admite prueba en contra, además de hacerlo en los casos de excepción que expresamente son reconocidos por el artículo 325 del CC.

b) Respecto al 374 interpreta: “el padre de hijo de mujer casada, una vez divorciada, está en la posibilidad de reclamar su paternidad al ex cónyuge, si demuestra, por los medios que permiten los avances de la ciencia de la genética y demás pruebas permitidas por la ley, que es el

padre natural del hijo”. La presunción legal de la filiación a favor del cónyuge de la madre admite prueba en contra, sobre todo si aquélla no vive con el marido.

Para ampliar su criterio, el tribunal transcribió los argumentos del legislador en la exposición de motivos del CC de 1928, en el momento de crear la regulación aplicable al caso que nos ocupa. De esa transcripción, el tribunal desprendió como valores la preservación de la familia y la anteposición de los intereses de los hijos a cualquier otro tipo de intereses.

El tribunal reconoció la omisión del legislador en cuanto al diagnóstico genético, pues en 1928 ni se vislumbraba la posibilidad de su existencia y, por ello, “esa omisión puede y debe ser suplida por el juzgador, pues el fondo de la litis no puede dejarse sin resolver”.⁴ A pesar de la insuficiencia legal para dar solución a las especiales circunstancias que rodean el caso concreto, el juzgador debe suplir la insuficiencia de la ley.

Al analizar esta cuestión, el tribunal consideró la ventaja de preservar la familia actual del menor en interés del mismo, propiciando su perfeccionamiento con la legitimación de su filiación. Ésta debe ser, en todo caso, demostrada de acuerdo al criterio establecido por el legislador en la exposición de motivos del CC.

c) El artículo 368 del CC, párrafo 2o., expresa que “tendrá acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, el progenitor que reclame para sí, tal carácter [...]”, lo cual significa que el padre biológico posee legitimación activa.

d) En cuanto a la valoración de las pruebas aportadas, asiste la razón a C cuando reclama estado de indefensión al desestimársele judicialmente la prueba IDAH que ofreció se le practicara a B, la cual fue desechada en la primera instancia y en la apelación.

Con sustento en lo anterior, el tribunal concedió el amparo, para admitir a C la prueba IDAH, que ofreció para practicarse en el demandado con el objeto de determinar la relación genética de éste con el menor. Esta prueba debía ser analizada con las demás pruebas ofrecidas, pues era procedente al no estar prohibida por la ley y no ser contraria a la moral, al derecho o a las buenas costumbres. En la resolución del 29 de junio de 1995, la sala ordenó reponer el procedimiento para que la prueba indicada fuera recibida.

4 Artículos 18 y 19 del Código Civil para el Distrito Federal.
DR © 1998

4. *Primera instancia*

El 14 de agosto de 1995, el juez natural repuso el procedimiento con el objeto de admitir a C la prueba pericial IDAH. El 8 de abril de 1996 dictó nueva sentencia en la cual se señalaron los siguientes puntos resolutivos:

a) La acción intentada por C quedó acreditada al quedar destruida la presunción establecida en los artículos 324 y 325 del CC por las pruebas presentadas, entre las cuales tuvo especial valor la pericial médica rendida en autos.

b) Se condenó al padre legal al desconocimiento de la paternidad sobre el menor.

c) Se reconoció al padre biológico, como padre verdadero.

d) Se condenó al c. jefe del Registro Civil del Distrito Federal a rectificar el acta de nacimiento del menor.

5. *Apelación*

B interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 28 de agosto de 1996, en el sentido de confirmar el fallo apelado a favor de C. El Tribunal consideró lo siguiente:

La presunción del artículo 324 del CC quedó destruida con las pruebas aportadas. Se dio especial valor a la pericial médica, así como a la negativa del padre legal a someterse a los análisis inherentes para el desahogo de la misma, actitud que se consideró como una *confessio ficta*.

La prueba testimonial también fue considerada válida, pues aportó elementos para demostrar la actitud de C al haber estado cumpliendo con las obligaciones de padre y comportándose como tal. También se comprobó la integración del menor al núcleo familiar, formado por su madre y C.

B no compareció personalmente a defender la paternidad cuestionada; al designar un apoderado, se demuestra su desinterés en el caso.

Las pruebas confesional a cargo de la madre y la de IDAH fueron admitidas y valoradas.

6. *Nuevo juicio de amparo*

B interpuso en septiembre 1996 un nuevo juicio de amparo. Además de los argumentos expuestos en otros escritos, expresó:

a) C nunca reunió alguna de las calidades para ser sujeto de la acción que contradice el reconocimiento del hijo; por lo tanto, careció de legitimación procesal.

b) C no demostró plenamente que la prueba del IDAH sea actualmente el medio más avanzado y confiable para determinar la paternidad pretendida. El juzgador está en aptitud de valorarla conforme su arbitrio.

c) Las confesiones de la madre del menor debieron ser descalificadas según los artículos 63 y 345 del CC y el resultado de esa omisión fue la ilegal valoración de la pruebas que formuló el juez de origen.

d) La prueba pericial de IDAH está prohibida según los preceptos de los artículos 10, 100 y 101 de la Ley de Salud, relacionados con los artículos 36, 41 y 40 del Reglamento de Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos y contradicen el acta de nacimiento y de matrimonio. La prueba genética no basta para romper la presunción del artículo 324, puesto que no se prueba que el marido no tuviera acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento.

e) La admisión de la prueba pericial IDAH fue violatoria de su garantía de audiencia, de la de legalidad y de la exacta aplicación de la ley. Los argumentos expresados por el juzgador en primera instancia incidieron en una valoración antijurídica y contraria a la lógica y la experiencia.

f) Ninguna prueba es idónea para acreditar acciones derivadas o fundadas en hechos prohibitivos por la ley o que vayan contra la moral o las buenas costumbres⁵ y C, hoy tercero perjudicado, invocó como hecho constitutivo de su acción la existencia de relaciones carnales con la madre del menor cuando estaba casada con el padre legal, hecho contrario a la moral que no puede ser acreditado a través de una prueba, ni con la IDAH.

g) En cuanto al valor de *confessio ficta* otorgada a la negativa de B a someterse al desahogo de la prueba confesional y pericial a su cargo, el abogado de B citó el criterio reiterado de los tribunales federales en el sentido de que la confesión *ficta* sólo constituye un indicio de prueba, el cual debe ser corroborado con otros elementos de convicción para que pueda tomarse en cuenta.

Sentencia. El tribunal, al dictar sentencia, consideró:

a) Que aun cuando se desahogó la prueba médica pericial, ésta resultó insuficiente en sí misma para desvirtuar la presunción legal que existe a favor del demandado.

b) A pesar de que los peritos coincidieron en que del análisis de sangre realizado a C y al menor se infiere que éste es el padre biológico de aquél, dicha prueba resulta insuficiente para acreditar la acción intentada por el demandante, porque la prueba no se realizó en la persona del demandado.

c) La negativa de B a practicarse la prueba genética propició que se tuvieran como ciertos los hechos que pretendían probarse. El tribunal consideró insuficiente la negativa para tener por demostrada la acción, pues ésta sólo constituye un indicio de prueba; además, estimó insuficientes las otras pruebas ofrecidas por el actor para acreditar su acción.

d) Al no existir el presupuesto procesal de la personalidad del actor para ejercitar la acción correspondiente, el tribunal no resolvió el fondo del asunto, por tratarse de una cuestión procesal en la que se presentaron violaciones de garantías.

III. COMENTARIOS

1. *Las presunciones legales y su posible contradicción*

Durante el juicio, B, en sus varios escritos, sostuvo la presunción de paternidad contemplada en el artículo 324 del CC, considerada por el artículo 325 del mismo ordenamiento, como *jure et de jure*, pues contra ella no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer los primeros ciento veinte de los trescientos días que han precedido al nacimiento de un hijo.

En el primer juicio, el juez natural consideró acreditadas las excepciones y defensas del demandado; fue en la sentencia en el juicio de amparo donde se modificó el criterio. El tribunal consideró que la presunción legal a favor del cónyuge de la madre admite prueba en contra, además de hacerlo en los casos de excepción expresamente reconocidos. Textualmente expuso que “el padre del hijo de mujer casada, una vez divorciada, está en posibilidad de reclamar su paternidad al cónyuge si demuestra, por los medios que permiten los avances de la ciencia de la genética y demás pruebas permitidas por la ley, que es el padre natural del hijo”.

El tribunal reconoció la omisión del legislador en cuanto al diagnóstico genético y por ello consideró que la omisión podía y debía ser suplida por el juzgador, tomando en cuenta los beneficios de preservar la familia actual del menor en el interés del mismo, si es que su filiación legítima podía ser demostrada a través de pruebas, incluso la genética.

Devuelto el asunto al juez natural, éste admitió la contradicción a la presunción, lo mismo que el tribunal de apelación. Finalmente, el tribunal que conoció del segundo amparo resolvió que, aun cuando se desahogó la prueba médica pericial, ésta resultó insuficiente para destruir la presunción legal a favor del demandado.

Ante la diferencia de criterios, consideré conveniente acudir a las corrientes doctrinales más modernas sobre el significado y valor actual de las presunciones en general y, en especial, a las de paternidad. El resultado fue el siguiente:

Del Vecchio⁶ expresa que las presunciones *jure et de jure* no son verdaderas presunciones, sino ficciones jurídicas que permiten formar conclusiones en ausencia de los elementos que normalmente deberían constituir un presupuesto.⁷ Ante la imposibilidad de probar la relación sexual de la cual derivó el embarazo de una mujer y el nacimiento de su hijo, el derecho creó la ficción de que el marido de la mujer es el padre.

La presunción se justifica ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido dentro de matrimonio; de atribuirle un estado jurídico, además de proteger a la institución matrimonial y salvaguardar el honor y la cohesión de la familia. Al lado de este aspecto positivo, está el negativo: la presunción obliga a tener por verdad lo que probable o verosimilmente podría, en casos especiales, no estar de acuerdo con la realidad.⁸

Otra consideración elaborada por la doctrina procesal respecto a las presunciones es que éstas no son fuente primaria en el conocimiento de la verdad, sino que, al ser ficciones creadas por la ley, tienen una operatividad más que secundaria, subordinada. Partiendo de hechos probados por otros medios, tratan de conocer aquellos que racionalmente se infieren; frente a ellas, puede haber pruebas en contra. Pruebas que, en cam-

6 Vecchio, Giorgio del, "La obligación jurídica de la verdad especialmente en el proceso civil", *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo Uruguay, Revista la justicia*, t. XXV, núm. 424, agosto de 1965, pp. 25-32.

7 Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deduce de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.

8 Vecchio, Giorgio del, *op. cit.*, nota 6, p. 27.

bio, son fuentes directas que permiten al juez adquirir la convicción de la verdad en su propio contenido. Si la paternidad presumida en un caso concreto permite observar una contradicción entre la paternidad del esposo y la que pueda desprenderse de la prueba directa, Becerra Bautista⁹ opina que debe ser preferida esta última.

Si bien la presunción legal protege sobre todo a la familia tradicional, la tendencia actual de la doctrina¹⁰ es la de proporcionar espacio a la verdad biológica, la cual permite asegurar una correspondencia entre la verdad natural y la certeza jurídica de la procreación. Debe buscarse la verdad material sobre la formal. La fabricación de verdades ficticias o formales constituye una degeneración del proceso. Como expresa Cipriano Gómez Lara:¹¹ “el juzgador, de conformidad con la nueva orientación, al aplicar e interpretar las normas procesales procurará encontrar la verdad material, o sea, la verdadera verdad”.

La ficción establecida a través de las presunciones no es, por sí misma, reprochable, sobre todo cuando se orienta a fines legítimos, pero como también expresa Giorgio del Vecchio, “los artificios deben encontrar un límite frente a la verdad”.¹² Hay casos, y el comentado es uno de ellos, en los que la relación natural de filiación no se ha elevado a relación jurídica, pero esto no debe significar que el hecho biológico haya de ser indiferente para el derecho. “La actividad judicial tiene por primer objetivo la afirmación de la verdad, presupuesto esencial para la recta aplicación de la ley y, por consiguiente, de una justa sentencia”.¹³

Estamos de acuerdo con Francisco Rivero Hernández cuando expresa que la prueba de no paternidad del marido de la madre no debe quedar limitada a la imposibilidad de la cohabitación, ya que es insuficiente. Debe admitirse la prueba de la no paternidad marital por cualquier medio, incluso con las pruebas biológicas.¹⁴ La verdad material debe imperar sobre la ficción jurídica, si con ello se beneficia al niño.

9 Barrera Cristiani, María Fernanda, “Presunción de paternidad y tutela jurídica efectiva”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, año 29, núm. 20, 1996, pp. 675-751 y 695.

10 Ferrando, Gilda, “Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell'accertamento della filiazione”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, Milán, Dott Giuffrè editores, año 1, núm. 3, septiembre de 1996, pp. 725-753 y 736.

11 Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9a. ed., México, Harla, 1996, p. 55.

12 Vecchio, Giorgio del, *op. cit.*, nota 6, p. 26.

13 *Ibidem*, p. 28.

14 Rivero Hernández, Francisco, *La presunción de la paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y derecho español*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 485.

2. La prueba genética, interrogantes

En su demanda, C manifestó haber acudido con A y el menor al laboratorio biológico H.Y.L.A., en donde se sometieron a la prueba de inmunología. El resultado de la prueba confirmó la paternidad de C. B se negó a practicársela por considerarla insuficiente para destruir las presunciones legales.

En el primer juicio de amparo, la sentencia determinó que la prueba IDAH en el demandado, ofrecida por C, fuera admitida con objeto de determinar relación genética de B con el menor. El tribunal declaró la procedencia de la prueba por considerar que la misma no está prohibida por la ley ni es contraria a la moral, al derecho o a las buenas costumbres.

Devuelto el juicio a la primera instancia, el juez natural repuso el procedimiento sólo para admitir al actor la prueba pericial IDAH. Después de la apelación que favoreció a C, B interpuso amparo objetando la prueba y el valor que se le otorgó y porque, con su admisión, se violó la garantía de exacta aplicación de la ley. La prueba pretendió demostrar la existencia de relaciones sexuales entre C y la madre del menor, aun cuando estaba casada; es decir, un hecho ilícito, por lo tanto, la prueba resultó contraria a la moral y el derecho.

El mismo demandado —ahora quejoso— objetó el valor de *facta confessio* que el juez otorgó a su negativa a someterse a la prueba genética, citando el criterio reiterado de los tribunales federales en el sentido de que la *confessio ficta* sólo constituye un indicio de prueba, que debe ser corroborado con otros elementos de convicción para que pueda tomarse en cuenta. La sentencia del amparo consideró la prueba insuficiente para romper las presunciones legales, a pesar de que los tres peritos coincidieron en que C era el padre del menor, “porque dicha prueba no se realizó en el demandado y esta negativa sólo tiene un valor de indicio”.

Actualmente resulta hasta cierto punto fácil romper la presunción legal de la paternidad por medio de la prueba genética. La prueba consiste en la extracción de unas gotas de sangre; de ellas se analiza el DNA contenido en el núcleo de la célula, el cual contiene el mapa genético de la persona y se compara con el del supuesto hijo. Los datos obtenidos permiten llegar a la afirmación o negación de la paternidad o maternidad superior, en muchos casos, al 99.73% de la certeza. El porcentaje restante permitiría la duda de que el progenitor fuera un pariente muy cercano, por ejemplo, hermano del sometido a la prueba.

La realización de la prueba significa resolver, de tajo, las incertidumbres sobre la paternidad biológica; permite conocer la realidad discutida, y existen muchas garantías de encontrarla. Su validez no necesita demostraciones; su efectividad está científicamente comprobada y admitida. Pero ¿debe practicarse para excluir a un “padre legal” e incluir a un padre biológico? ¿La prueba implica una violación a los derechos de integridad física y libertad personal? ¿Es contraria al derecho que todos tenemos a resguardar nuestra intimidad incluida en ella la información genética? ¿Es legal la práctica de la prueba? ¿En qué circunstancias se justifica la práctica de la prueba y cómo debe llevarse a cabo? ¿Qué ocurre, como en el presente caso, si el padre legal se niega a someterse a la prueba?

La doctrina moderna es bastante homogénea en sus respuestas. La extracción de la sangre para realizar la prueba no puede practicarse por la fuerza. Esta acción entraría en colisión con los derechos de la integridad física y la libertad personal del sujeto.¹⁵ El médico que realizara la prueba contra la voluntad del paciente incluso violaría su juramento hipocrático y cometería una falta de ética; pero esto no significa que la autoridad judicial no pueda ordenar la práctica de la prueba a petición de la parte, sin contravenir con ello la libertad personal del sujeto.

La extracción de unas gotas de sangre no constituye violación al pudor o recato de la persona, como tampoco significa un menoscabo a su integridad física. 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 denegar la calidad del hijo.¹⁶

¿Por qué justificaríamos la práctica de la prueba genética de B aun cuando se cause un menoscabo en algunos de sus derechos?

Ningún derecho es ilimitado e intangible. La práctica de la prueba biológica ordenada por la autoridad judicial podrá afectar al derecho a la intimidad personal,¹⁷ pero permitirá conocer la verdad. La intromisión a la intimidad se autoriza por un imperativo del interés público como lo

15 Barrera Cristiani, María Fernanda, *op. cit.*, nota 9, p. 708. En el mismo sentido, O’Callaghan, Xavier, “Investigación de la paternidad; acciones de filiación, investigación de la paternidad, prueba biológica”, *Actualidad Editorial*, Madrid, 1994, p. 27, y Ferrando, Gilda, *op. cit.*, nota 10, p. 729.

16 Barrera Cristiani cita una sentencia del Tribunal Supremo del 14 de noviembre de 1987. Barrera Cristiani, María Fernanda, *op. cit.*, nota 9, p. 733.

17 Habrá de tomarse en cuenta que los datos biogenéticos sólo deberá tener efectos dentro del proceso para determinar la posible filiación respecto de un menor.

son los derechos del menor a establecer su auténtica filiación, además de los del padre biológico para vincularse con su hijo. Frente a estos derechos están los estrictamente individuales de proteger la intimidad de B, ¿cuáles deben prevalecer?

La prueba de la paternidad pone en juego distintos derechos fundamentales de la persona: derecho de un padre a relacionarse con el propio hijo y, viceversa, el derecho del hijo a relacionarse con su auténtico padre. Tiene que ver con los sentimientos profundos de la identidad personal, la dignidad y el afecto familiar. Existe una trama de asuntos y de valores que pueden desvirtuarse por una falsedad en la atribución de una paternidad.¹⁸ Los derechos del menor se ven seriamente afectados por una filiación no verdadera, la finalidad de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, en primer lugar, de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en lo emocional.

¿Es contraria la práctica de la prueba a las leyes sanitarias?

El abogado de B manifestó en el segundo amparo que la práctica de la prueba genética es contraria a los artículos 10, 100 y 101 de la Ley General de Salud y 36, 40 y 41 del Reglamento de Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Revisados los citados textos, encontré que el artículo 10 de la Ley General de Salud se refiere al Sistema Nacional de Salud y sus integrantes; el 100, a la investigación en seres humanos con fines médicos, pero la prueba de inmunología no tiene como propósito una investigación médica, sino que pretende demostrar una filiación biológica y el 101 establece que el que contraviniere a lo dispuesto en la ley y demás disposiciones aplicables se hará acreedor a las sanciones correspondientes. Por su parte, los numerales del Reglamento citado se refieren a bancos de sangre y servicios de transfusión. Consideraré que ninguna de estas disposiciones tiene relación con la prueba genética, y su práctica no tiene por qué ser considerada ilegal.

¿En qué condiciones debe llevarse a cabo una prueba biológica?

No en todos los casos es recomendable la práctica de la prueba biológica; ésta debe limitarse a ciertos presupuestos y a determinadas circunstancias para lesionar lo menos posible al sometido a ella y garantizar su mayor efectividad.

¹⁸ Ferrando, Gilda, *op. cit.*, nota 10, p. 731.

Los siguientes criterios podrían servir de base para determinar cuándo se recomienda el desarrollo de la prueba:

a) Cuando no pueda obtenerse la evidencia de la paternidad por otro medio probatorio menos lesivo.

b) Cuando sea solicitada dentro de un procedimiento, y ordenada por una autoridad judicial.

c) Cuando no suponga para el sujeto pasivo un grave riesgo o quebranto para su salud o le signifique un problema de conciencia, pensemos en enfermedades de la sangre o en religiones especiales.

d) Que sea elaborada por personal sanitario y en centros adecuados.¹⁹ Se trata de que el juez se convenza de un hecho por deducciones u observaciones de carácter técnico o científico.

e) Cuando la intromisión a la intimidad e integridad física o moral del agraviado se justifiquen por la finalidad que se persiga. En todo caso, esta finalidad deberá ponderarse y motivarse en la resolución judicial²⁰ y que un principio de prueba demuestre la seriedad de la demanda.

f) Las partes deben estar plenamente informadas del valor y de los límites de la indagación de la paternidad.²¹

¿Qué alcance debe darse a la negativa de una persona a someterse a la prueba genética?

El derecho a la intimidad personal y familiar no puede devenir en un límite infranqueable a la actividad probatoria y a la investigación judicial de la realidad; no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal porque se impongan limitaciones a los mismos.²² El Tribunal Supremo español incluso llega a expresar que la negativa a someterse a la prueba ha de entenderse como una conducta de fraude a la ley encaminada a impedir la debida aplicación de las normas de filiación, y constituye el ejercicio antisocial del derecho con daño a un tercero.²³

19 De Stefano e Canale expresa que la adopción de las nuevas técnicas debe ser de científicidad comprobada, que cuente con los elementos de certeza, que guarde la objetividad y que se conozcan los límites de la técnica y las posibilidades de error. *Cit.* por Ferrando, Gilda, *op. cit.*, nota 10, p. 732.

20 Barrera Cristiani, María Fernanda, *op. cit.*, nota 9, p. 744.

21 Gilda Ferrando sugiere “instituir un organismo internacional con funciones de autorización y control de los centros públicos y privados y de elaboración, y revisión de los estándares científicos y operativos”. Ferrando, Gilda, *op. cit.*, nota 10, p. 732.

22 Barrera Cristiani cita la sentencia del Tribunal Supremo 170/1987. Barrera Cristiani, María Fernanda, *op. cit.*, nota 9, p. 725.

23 Barrera Cristiani cita una sentencia de la sala primera del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1988. *Ibidem*, p. 728.

Si la parte demandada se niega a someterse a la prueba biológica sin causa justificada, fundada y motivada, la parte oferente podrá solicitar al juez el uso de los medios de apremio para que lo aperciba a la realización de la prueba. Si bien someterse a la prueba no es un deber, sin embargo, es considerado por la doctrina como una carga dentro del proceso, y la falta de su cumplimiento propiciará las consecuencias procesales a que haya lugar.

¿Podría la negativa considerarse una *confessio ficta*?

La *confessio ficta* es una presunción *juris tantum*. Se presume confesa a la parte que no concurrió respecto a las posiciones calificadas de legales, pero esta presunción permite ser desvirtuada, acreditándose una causa justa.²⁴ La negativa no supone una *ficta confessio*, pero constituye un indicio revelador de una actividad obstruccionista y antisocial, un fraude a la ley o abuso del derecho, ha expresado el Tribunal Constitucional español.²⁵

¿Cuándo se justifica la práctica de la prueba biológica?

La realización de la prueba se justifica cuando persigue un fin concreto: demostrar que el hijo no pudo haber sido engendrado por el marido, aunque la cohabitación conyugal hubiere sido posible en algún momento del periodo legal de la concepción.²⁶ Rivero Hernández propone que el desconocimiento pueda hacerse cuando la cohabitación conyugal presunta o posible concorra con otra adulterina probada o muy verosímil —me permitiría agregar confesada— y que se admitan las pruebas biológicas.²⁷

Pero, además de este fin, la prueba sólo se justifica cuando pretenda beneficiar al menor. El artículo 3o. de la Convención sobre Derechos del Niño establece que los tribunales atenderán como consideración primordial el interés superior del niño; y los Estado partes, México es uno de ellos, se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley. Consideramos que el hijo de A y C tiene derecho a obtener su

24 Becerra Bautista, *op. cit.*, p. 118.

25 Barrera Cristiani, María Fernanda, *op. cit.*, nota 9, p. 710. “Cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una parte litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso, conlleva que dicha parte es quién debe apartar los datos referidos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad”. Sentencia 7/1994 *cit.* por O’Callaghan, Xavier, *op. cit.*, nota 15, p. 77.

26 Houriou ha expresado que “son las instituciones las que hacen las reglas de Derecho no las reglas de Derecho las que hacen las instituciones”.

27 Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, nota 14, p. 494.

verdadera identidad y relacionarse con sus padres biológicos. La identidad a la que tiene derecho el niño implica un nombre y apellidos, pero no a cualquier apellido, sino al de sus progenitores. “La paternidad y la maternidad deben ser entendidas como posiciones jurídicas rigurosamente exclusivas y personalísimas y si existe la posibilidad de tener la casi total certeza de ella no hay razón para no determinarla”.²⁸ El hecho biológico no puede ser indiferente al derecho, y si el mayor interés del menor lo justifica, éste debe reconocerse y elevarse a relación jurídica. “El Derecho debe normar estos hechos de acuerdo con la verdad y la justicia”.²⁹

¿Se justifica la prueba en el caso presentado?

Durante el proceso analizado, se puso a discusión la verdad legal, la verdad biológica y la realidad de los afectos en la definición del *status* del hijo. El hijo de A y C tenía derecho a conocer y a vincularse con sus padres y a ser cuidado por ellos.³⁰ Con el resultado obtenido por la prueba, el niño podía haber perdido una figura paterna, pero ésa era ficticia y, a cambio, pudo haber obtenido una paternidad verdadera.

Al obtener su verdadera identidad, el hijo de A y C tenía derecho a establecer las relaciones parentales no sólo con sus progenitores, sino también con el resto del grupo familiar paterno, lo cual implica un *status fili* y un *status familiae*. Ese niño tenía derecho a beneficiarse de las consecuencias jurídicas personales y patrimoniales que pudieran derivarse de una relación de parentesco. El menor, así como sus padres, tenía derecho a la obtención y difusión de la verdad material en el proceso.

3. Legitimación para accionar en el juicio

C acudió a juicio para solicitar la anulación del reconocimiento y la rectificación del acta de nacimiento del menor, al considerar que el matrimonio durante el cual nació y se registró al niño había sido disuelto. Inició la acción pues, en su concepto, ya no existía el impedimento legal establecido en el artículo 63 del CC: “cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso ni a petición de persona alguna, podrá el juez del Registro asentar como padre a otro que no sea

28 Herrera Campos, *La investigación de la paternidad y la filiación matrimonial*, Granada, Universidad de Granada, Departamento de Derecho Civil, 1987, p. 29.

29 *Ibidem*, p. 20.

30 Convención sobre los Derechos del Niño ONU, artículo 71.

el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”.

B contestó que únicamente él podía contradecir legítimamente la paternidad respecto del hijo nacido dentro del matrimonio, y que en los juicios de contradicción de la paternidad sólo son oídos la madre y el hijo. Este razonamiento convenció al juez de primera instancia, el cual decretó que el actor carecía de legitimación activa en el ejercicio de la acción.

En el juicio de amparo, el tribunal interpretó que “el padre del hijo de mujer casada, una vez divorciada, está en posibilidad de reclamar su paternidad al ex cónyuge [...] si demuestra que es el padre natural del hijo”. Reconoció la legitimación activa de C, con fundamento en el párrafo 2o. del artículo 368 del CC: “tendrán acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, el progenitor que reclame para sí tal carácter”.

En la segunda sentencia, el juez natural admitió la acción del padre biológico, lo mismo que el juez en la apelación. En el último juicio de amparo, B insistió en la inexistencia de presupuesto procesal para que el actor legítimamente ejercitara la acción, al no encontrarse prevista en la ley la acción de contradicción de reconocimiento de hijo legítimo, además de que el menor no fue reconocido sino registrado. El tribunal sentenció que no se configuró el presupuesto procesal de la personalidad del actor para el ejercicio de la acción correspondiente y, por lo tanto, no resolvió sobre el fondo del asunto.

El CC para el Distrito Federal sigue un sistema muy estricto sobre la legitimación para accionar en los juicios de filiación. Respecto a los hijos de matrimonio, establece que sólo el marido puede desconocer al nacido durante su matrimonio³¹ y que en el juicio respectivo sólo podrán ser oídos la madre y el hijo.³² Si se trata de hijos nacidos fuera de matrimonio y reconocidos, la contradicción de un reconocimiento puede efectuarse por la madre cuando éste fue hecho sin su consentimiento o por la mujer que cuida o haya cuidado la lactancia de un niño, en los términos del artículo 378 del CC. También el Ministerio Público tiene acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, cuando se hubiere efectuado en su perjuicio, lo mismo que el progenitor que reclame para sí tal

31 Artículo 330 del CC.

32 Artículo 336 del CC.

carácter.³³ Como el tribunal en el segundo amparo expresó en la sentencia, la acción de contradicción sólo puede efectuarse respecto a los nacidos fuera de matrimonio y que han sido reconocidos y no registrados como ocurrió en el caso comentado.

Las palabras del tratadista español Pere Raluy podrían ser aplicadas a nuestra legislación actual: “[...] ya era excesiva en la época de la promulgación del Código Civil, resulta de una estrechez absurda en la actualidad”. Para La Cruz y Sancho Rebullida, el tratamiento tan restrictivo a la impugnación —para nosotros contradicción de reconocimiento— resulta anacrónico en relación a las actuales posibilidades de pruebas biológicas.³⁴ Es inconcebible que en la segunda mitad del siglo XX se siga negando la posibilidad de impugnar la paternidad de un padre legal, según las presunciones legales, que en determinados supuestos pueden probar de manera irrefutable la imposibilidad de que determinadas personas hayan sido engendradas por otras.³⁵ Persistir en el error, con las secuelas de injusticias y paternidades ficticias, resulta dolorosamente innecesario.

En España se han presentado varios casos como el que aquí se comenta, y tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo han expresado la posibilidad del ejercicio de una doble acción; la de impugnación —para nosotros desconocimiento— de una filiación aparente, no real, y la reclamación de la filiación auténtica. Esta posibilidad se basa en el planteamiento de que la filiación-paternidad afecta a padres e hijos, con el interés superior que corresponde a las cuestiones del estado civil y que son reconocidas de orden público.

Si bien el verdadero padre no puede accionar directamente para ignorar el reconocimiento o, como en el caso planteado, de una paternidad establecida en un acta de nacimiento, está en posibilidad de reclamar su paternidad por tener un interés legítimo y, como accesoria, el desconocimiento de una paternidad establecida en el acta de nacimiento. El interés del menor deviene por esto en objeto de apreciación no sólo por excluir una paternidad biológicamente dudosa, sino por incluir una biológicamente fundada.

33 Artículo 368 del CC, el cual agrega: “el tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado podrá contradecirlo por vía de excepción”.

34 Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, nota 14, p. 488.

35 “Lo que hace mas imperfecto y criticable nuestro sistema de impugnación —el español— es que sus propios defectos objetivos [...] resultan agrandados con la perspectiva del estado actual de los conocimientos biológicos y de valoración jurídica y social de toda esta materia”. *Ibidem*, pp. 488 y 489.

Aunque la legitimación activa pudiera atribuirse, en primer lugar, al marido o al hijo, también podría corresponder al Ministerio Público en los términos del artículo 368 del CC. Previa solicitud del padre biológico, el órgano habría de estudiar el caso, sopesar lo delicado de la situación y descubrir el interés superior del menor; y, si lo encuentra, en establecer la filiación con su padre biológico, por lo que intentaría la acción.³⁶

El Código de Procedimientos Civiles establece, en el artículo 1o., que “sólo puede iniciar un procedimiento judicial por intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho [...]”. Pero ¿quién puede tener un interés legítimo para acreditar su derecho a accionar? El concepto de interés legítimo no es susceptible de análisis abstracto ni de afirmaciones teóricas *a priori*; en cada caso, deberá compararse y estimarse si concurre o no tal interés legítimo.³⁷

En principio puede afirmarse que tienen interés legítimo en un juicio de desconocimiento de la paternidad los integrantes de la relación de filiación biológica, padre, madre e hijo, además del padre legal; por lo tanto, cualquiera de ellos podía haber iniciado una acción tendente a establecer la auténtica filiación del menor y, de manera accesoria, solicitar el desconocimiento de una paternidad que puede probarse falsa.

IV. CONCLUSIONES

En la última sentencia, el tribunal negó la personalidad del actor para ejercitar la acción y declaró la insuficiencia de la prueba médica pericial para desvirtuar la presunción legal de filiación de los hijos nacidos de matrimonio. Esta resolución implica una interpretación textual de la ley; sin embargo, el estado actual de los conocimientos científicos, en especial, los que permiten la determinación de la filiación biológica, nos ha llevado a la reflexión sobre la efectividad del actual sistema de filiación establecido en el CC. ¿Debemos continuar con un sistema basado en el fundamento de un único matrimonio o en un sistema que reconoce a la familia como una entidad dinámica y cambiante y que busque la correspondencia entre la verdad biológica y la certeza jurídica de la filiación?

³⁶ El Ministerio Público puede tener la calidad de parte en un proceso civil, una “parte imparcial” que no persigue un interés propio o ajeno, sino la realización de la voluntad de la ley o cuando se aplican normas de interés social. Becerra Bautista, *op. cit.*, nota 24, p. 28.

³⁷ O’Callaghan, Xavier, *op. cit.*, nota 15, p. 65.

Una interpretación de la ley en extremo formalista indicaría una protección a los valores “tradicionales” de la familia legalmente constituida, al atribuir la legitimidad del hijo al nacido dentro del matrimonio de A y B, así como considerar ilícita la relación de A con C. Pero, parafraseando a Francisco Hernández Rivero,³⁸ esta interpretación resulta innecesariamente rigurosa por ser demasiado estrecha y anacrónica, y por causar un detrimento en el interés del niño.

La norma jurídica no puede ser un simple esquema intelectual, sino que debe responder a una realidad concreta.³⁹ El juzgador debe aprovechar las oportunidades que brindan las pruebas biológicas para corregir las deficiencias del sistema y encontrar una solución racionalmente correcta y justa: la familia compuesta por A, C y el menor merece protección jurídica.

Convendría plantear la posibilidad de una interpretación más amplia de los artículos 324 y 325 del CC en función de situaciones que no pudieron ser imaginadas por el legislador de 1928. La interpretación textual de esos preceptos resulta insuficiente para resolver un problema como el planteado. No se pretende que el juez se aparte de la ley, sino que, ante casos no resueltos por el legislador, integre la deficiencia de la norma, tomando en cuenta otras disposiciones jurídicas a las cuales también está sometido, en especial cito, por tener relación con el caso, los derechos del menor y la búsqueda de su mayor beneficio consignados en la Convención de Derechos del Niño de la ONU.

En juicios como el del objeto de nuestro análisis, que involucren la posibilidad de desvirtuar las presunciones del artículo 324, consideramos que el juez debiera admitir la acción del padre biológico por reconocerle un interés legítimo y aceptar la prueba biológica para acreditar su paternidad.

Según los datos obtenidos del expediente analizado, durante el juicio estaban en juego varios intereses: el de un padre legal que había desatendido su relación con el menor tanto en sus obligaciones legales como

38 Aunque se refiere a la legislación española anterior a la reforma, el comentario se considera válido para nuestras disposiciones actuales. Hernández Rivero, Francisco, y Lacruz Berdejo, José, *La presunción de la paternidad legítima. Estudio de derecho comparado y derecho español*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 485.

39 “El derecho no debe quedar reducido a un mero tecnicismo jurídico ni aprisionarse en construcciones lógico formales ignorando virtualmente los problemas de la sociedad, la realidad de los intereses que están en juego y los anhelos de justicia sentidos por la comunidad en cada momento histórico”. Herrera Campos, *op. cit.*, nota 28, p. 34.

LA PRUEBA GENÉTICA (COMENTARIOS DE UN JUICIO)

161

en las afectivas, y que al juicio acudió sólo a través de su representante; el del padre biológico que había demostrado cercanía con el menor desde su nacimiento, había cubierto su manutención y que convivía con él, comportándose como un verdadero padre y que, a través de la demanda, manifestó su interés en ser reconocido como padre del niño, y, por último, el del niño de vincularse jurídicamente con el padre que lo engendró, de tener una identidad auténtica, llevar el apellido que le correspondía, de ser reconocido públicamente como hijo de A y C, de adscribirse a su grupo familiar con todas las consecuencias jurídicas y emocionales que tal adscripción conlleva.

Sería deseable que jueces y tribunales, al momento de resolver, tomen en cuenta las transformaciones ocurridas en la doctrina y las posibilidades que brinda la prueba genética para que su interpretación de las normas resulte más cierta, más justa y más benéfica para el menor.