

Los avances científicos en el derecho de filiación del Distrito Federal

Aníbal Guzmán Ávalos*

SUMARIO: Introducción. A. Igualdad. B. Presunciones. C. ¿Paternidad real?. E. Plazo de duración de la gestación. F. Pruebas científicas. G. La reproducción asistida.

Introducción

Desde la época del derecho romano a las primeras décadas del siglo XX, la filiación poco se había modificado, sin embargo al final del pasado milenio de la era cristiana, las cosas cambiaron de una manera fundamental y aún todavía se están perfilando cambios relevantes en esta materia.

Las ciencias biológicas han avanzado extraordinariamente y hoy puede probarse con seguridad indiscutible la paternidad y maternidad, la duración muy aproximada de la gestación, época de la concepción, época en que no pudo tener lugar, etc., el derecho no puede ignorar tales conquistas, ni vivir de espaldas a la realidad científica del momento. La ciencia jurídica también debe avanzar para entender y controlar los efectos sociales de esos progresos científicos

México ha sido un poco reservado a esos cambios, sin embargo poco a poco en las distintas entidades federativas se están realizando reformas en la materia a fin de ir adecuando, sus legislaciones a las innovaciones. Así el 25 de mayo del 2000, el Distrito Federal publicó en su Gaceta Oficial No. 88 un, Decreto de la Asamblea Legislativa, por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Civil; en las que destacan algunas sobre el derecho de filiación.

No hay duda, que las modificaciones al derecho de filiación en el Distrito Federal, son de las más novedosas en nuestro país, sobre todo aquellas disposiciones relacionadas con las innovaciones científicas, tanto en materia de las pruebas de filiación, como de la atribución de la paternidad y maternidad mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida. En tal virtud, este trabajo apunta hacia un análisis de esos ámbitos que actualizan dicha institución y le dan nuevos matices.

A. Igualdad

Antes de entrar a la parte fundamental de este tema, quiero significar la posición determinante del legislador capitalino que sepulta las diferencias entre los hijos. Con la

* Doctor en Derecho Público por la Universidad Veracruzana.

reforma se acaba con todo vestigio de las calumniosas clasificaciones de los hijos. ¡Qué lejos estamos de esa abominante clasificación de hijos incestuosos, sacrílegos, adúlteros, espurios, etc.! El último rescoldo de distinción entre hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, hoy es historia del sistema jurídico de la filiación en el Distrito Federal. Ahora sólo hablaremos de hijos, sin ninguna etiqueta que los estigmatice.

En México no existe un derecho constitucional de naturaleza familiar; no obstante las disposiciones relativas a la filiación se encuentran en la ley sustantiva civil, y se encuentra como un derecho absoluto, no accesorio del matrimonio, en tal virtud los hijos tienen los mismos derechos, sin implicar el estado civil de los padres; sistema que no es nuevo, ya que antes de la reforma, a pesar de que se clasificaba en hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, se atendía sólo a una regulación diversa, ya que ambas surtían los mismos efectos, respondiendo más a una forma de prueba que a la existencia de un trato diferente. Así lo prescribe expresamente el artículo 338 Bis, al señalar que la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación independientemente de cual haya sido su origen. Precepto, que a mi parecer, termina con cualquier diferencia entre los hijos, pero sobre todo, no da lugar a que se pretenda hacer alguna distinción con la filiación de los hijos nacidos con el auxilio de los diversos métodos de procreación.

B. Presunción

En el capítulo de disposiciones generales se conserva la presunción de paternidad y maternidad de aquellos hijos cuyos padres contrajeron matrimonio. Con ella se sigue pretendiendo, de manera más o menos confiable, señalar a los responsables de la paternidad y la maternidad. Así, se dice que en virtud de no poder conocer en forma directa o inmediata, quien es el padre de los hijos de la esposa, por la imposibilidad de penetrar en la intimidad de la pareja; simplemente se presume que es el marido, salvo prueba en contrario.¹

La presunción de paternidad se desprende únicamente de la naturaleza de las relaciones conyugales, o sexuales, infiriendo que un hombre tiene relaciones sexuales con una mujer y que el hijo concebido por ella, es de él. En otras palabras la atribución de la paternidad al marido de la madre se funda sobre la regla del monopolio sexual recíproco entre los cónyuges: luego es regla moral, jurídica y de estadística, que la mujer ayunte sólo con ese hombre, así los hijos pueden nacer sólo como consecuencia de ese ayuntamiento, por lo que parece razonable atribuir la calidad de padre al marido o concubinario de la mujer que da a luz al hijo. La disposición que regula la presunción presta solidez y firmeza a las relaciones entre los miembros de la familia. Otro tanto razonable es desconocer tal paternidad cuando se debe excluir la hipótesis del ayuntamiento fecundo entre marido y mujer: *impotencia coendi y generandi* de él, imposibilidad material de relación entre la mujer y el hombre por falta de cohabitación en los tiempos presumibles de la fecundación.²

¹ Como consecuencia el hijo está dispensado de rendir una prueba directa de su filiación, la cual casi nunca tendría a su alcance. Así al probar la maternidad, se demuestra simultáneamente la filiación paterna, y también se le exime la investigación de la paternidad, ya que se le atribuye al marido de la madre. Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil*, Tomo III, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México, 1988, p. 436.

² Paolo Vercellone, *Tratado di diritto civil italiano*, La filiazione, Vol. III, Tomo II, De. Utet, Torino, Italia, 1987, p. 313.

Dicha presunción se otorga a los hijos que nacen en constante matrimonio; y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Término que se computará, en caso de divorcio o nulidad, a partir de que quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Se sigue conservando la presunción de *pater is*, pero con la novedad que se atribuye no sólo a los hijos que han sido concebidos y nacidos durante el matrimonio, sino inclusive a los concebidos antes de matrimonio, toda vez que ya no se impone límite para que opere sino que actúa desde el primer momento del matrimonio *ex lege*, beneficiando al hijo con un *favor iuris*. No obstante el marido puede desconocer al hijo si tiene pruebas que el hijo no es suyo. Es decir, que al eliminar el mínimo de tiempo de la duración de la gestación, la cobertura de la presunción de paternidad alcanza a todos los nacidos después de la celebración del matrimonio. Es indiferente para ello el momento de la concepción del hijo, precisando sólo que el nacimiento sea anterior a los trescientos días de la separación legal de los cónyuges, contando desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Actualmente el hijo nacido más allá de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges no está amparado en la presunción de paternidad, si bien cabe a los legitimados en el ejercicio de la acción justificar la condición de hijo mediante la aportación de cualquier prueba que evidencie la filiación del hijo. Así lo previene el artículo 329 del código civil del Distrito Federal.

El artículo 383 establece la misma presunción para los hijos nacidos en concubinato. En tal virtud, lo expresado hasta aquí, respecto a los hijos cuyos padres contrajeron matrimonio, es aplicable para los hijos que nacen de una concubina y un concubinario. En este sentido, no se puede dejar de criticar que el legislador capitalino, al eliminar la clasificación de los hijos, continúe regulando en un capítulo distinto a los hijos nacidos en el concubinato; ya que debieron quedar comprendidos en la misma presunción que establece el artículo 324, (presunción de los hijos nacidos en matrimonio); pues si ya no hay distinción entre ellos, no tienen que reglamentarse en un apartado distinto, independientemente de la dificultad de probanza del concubinato.

C. ¿Paternidad real?

Con este nuevo sistema de filiación, se advierte que se abre un camino hacia la búsqueda por la verdad, el interés por la verdadera paternidad biológica, al permitir el ofrecimiento de pruebas científicas, que sin desconocer valores e intereses tales como tranquilidad y paz de las familias, honor, escándalos, preocupa esencialmente el que la paternidad legal, o judicialmente declarada, coincida con la verdadera.

Esta es una de las cuestiones más importantes y delicadas en materia de filiación, que con frecuencia se presenta con los duros rasgos de una colisión de intereses: la paternidad real frente a la paternidad ficticia, y es que cuando se discute sobre una paternidad, cuando se trata de dar o negar un padre a un niño, debe buscarse un punto óptimo donde sólo haya que sacrificar lo menos, y menos valioso.³

³ Francisco Rivero Hernández, *La presunción de paternidad legítima, estudio de derecho comparado y derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 74.

El legislador capitalino matiza ambos intereses, pues no reduce la relación jurídica exclusivamente a filiación biológica, ni trata de mantener a toda costa la presunción, que significaba la consagración de una paternidad ficticia. Se puede indagar la paternidad y la maternidad y ahora, se pueden probar por cualquier avance científico, lo que postula un principio de verdad biológica; sin embargo este principio no es absoluto, porque cede como por ejemplo, en casos de adopción, limitaciones establecidas en el reconocimiento, presunciones, la fecundación por medios artificiales, la posesión de estado, en el que la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo decisiva la voluntad de tener al hijo como tal.

En este sentido, tenemos que enfatizar, que la filiación no es sólo lazo de sangre, sino un vínculo jurídico, con un enorme componente afectivo, cultural, sociológico, donde la voluntad de querer tener a un ser como miembro de su familia, cobra importancia primordial para el derecho, como decíamos antes, tal es el caso de la adopción, de la procreación asistida con gametos de donadores, etc. Lo que nos lleva a afirmar, que la verdad biológica no alcanza a tener categoría de imperativo, absoluto ni unívoco.⁴

Ese matiz entre verdad biológica y voluntad es válido en los albores del siglo XXI; lo que no me parece de la misma manera, es la fórmula legal que sigue conservando el artículo 326 del Código Civil, que impide al cónyuge varón impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, ya que establece casuísticamente cuándo se puede impugnar; causas alejadas por completo de los lazos de sangre que se reducen a que el marido demuestre que se le ocultó el nacimiento del hijo, o que no tuvo relaciones sexuales con su esposa dentro los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Supongo que esta disposición patentiza el interés de evitar escándalos y proteger al menor y la paz familiar, pero que en realidad es cuestionable, pues un padre que tiene la sospecha o seguridad que el hijo de su mujer no es suyo, no garantiza ninguna paz familiar, ni interés superior del menor ya que está condenado a vivir en un mundo de conflictos conyugales que obviamente repercutirán en su esfera. Dicha disposición consagra una paternidad ficticia a toda costa, que al parecer fija una posición contradictoria del legislador capitalino, pues si por un lado, se permite la utilización de pruebas científicas para la determinación de la paternidad y/o maternidad; no puede por otro lado, conservar un precepto que limite la búsqueda de la verdad y ni siquiera se sustente en la voluntad de querer esa relación paterno-filial. Precepto cuestionable ante las innovaciones realizadas en esta materia.

D. Plazo de duración de la gestación

Como había mencionado, la ley vigente elimina el plazo mínimo de gestación y considera a todo aquel que nazca a partir del matrimonio como hijo de los cónyuges, ahora ya no es necesario que tenga que nacer 180 días después de la celebración del acto jurídico para gozar de la presunción; aún cuando por la medicina se tenía dicho plazo como relativamente correcto, pues es excepcional que pueda nacer un niño en un plazo más breve; aunque con los avances de la tecnología, se logra la supervivencia de un ser humano fuera del seno materno antes de ese tiempo.

⁴ Julio Carbajo González, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989, p.92.

Sin embargo, sigue conservándose el plazo máximo de gestación de 300 días, que si bien comprende la mayoría de los casos, no puede ser considerado, hoy como presunción absoluta, ya que las gestaciones superiores son bastante frecuentes, por lo que cada vez se hace más necesaria la admisibilidad de la prueba de la verdadera duración del embarazo. De esta forma, el plazo concede filiación a una gran parte de hijos que no les corresponde (por ser superior a la media normal) y la niega a quienes la merecen y han nacido después de 300 días por un embarazo prolongado anormalmente.

Los plazos pueden eludirse y volverse contra su propio fin. Para nadie es hoy un secreto que la moderna ginecología dispone de medios para adelantar o retrasar el parto dentro de márgenes bastante considerables, sin peligro para la madre ni para el hijo. Es más; por razones clínicas, se hace con frecuencia; el parto se provoca a veces, pues su prolongación excesiva, aún natural, puede resultar peligrosa para la supervivencia del feto. En estas circunstancias, a nadie extrañaría que, ante una herencia importante en juego, o cuando puede verse comprometida la honorabilidad de una mujer o de una familia por el mero hecho de que un hijo nazca tres días antes o después, pueda confiarse a un médico, a veces engañándolo incluso, que adelante o retrase el nacimiento algunos días, lo que no supone ningún peligro y si puede reportar grandes ventajas a los interesados.⁵

E. Las pruebas científicas

Quien alega o no la paternidad y/o maternidad, tiene que probar los hechos, esencialmente el de la procreación, ahora más abierto que el sistema restrictivo anterior, que en resumen sólo procedía por la falta de cohabitación entre los cónyuges. Actualmente se puede utilizar pruebas directas que el avance de los conocimientos científicos pone a disposición tal y como lo prescriben los artículos 352,341,382 y 385 del Código Civil del Distrito Federal.

Este sistema tampoco es absoluto, ya que dentro de los medios probatorios no es admisible la prueba testimonial si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastantes graves para determinar su admisión. Igualmente la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. Dichas disposiciones tiene su justificación en la idea de poner límites para impedir la presentación de demandas temerarias, o totalmente infundadas, creando procesos que puedan originar problemas a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes.

La paternidad se podrá demostrar no sólo ofreciendo las pruebas tradicionales en la filiación (*impotencia coeundi o generandi*, por haber estado alejados físicamente de la mujer), sino por otros novedosos, que el avance de los conocimientos científicos pueden ofrecer; cuya importancia en el proceso de filiación, consiste en demostrar o no la paternidad y/o maternidad, que otros medios de prueba ordinarios no alcanzan plenamente.⁶

⁵ Rivero Hernández, *op. cit.*, pp. 119-125.

⁶ Jaques Massip, "La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire", en *Droit de la filiation et progres scientifiques*, p. 54.

Las pruebas biológicas, constituyen un medio científico de un importante valor por su fiabilidad, con la cual se puede excluir totalmente la paternidad, o afirmarse la misma con un porcentaje de acierto de casi el 100%, dependiendo de los marcadores genéticos utilizados y del número de los mismos.

Estas pruebas tienen el carácter de auténticas pruebas periciales, por lo tanto deben estar sometidas a la regulación que para las mismas establece el código de procedimientos civiles y tienen por objeto la demostración o no de la paternidad y maternidad de una persona con respecto a otra a través de un estudio biológico. Es la genuina prueba directa de investigación de la paternidad. La parte que vaya a ofrecer la prueba deberá expresar claramente el objeto de ésta, desde la presentación de la demanda, requiriendo la presentación del demandado para su práctica, con advertencia de las consecuencias de su negativa. La prueba puede ser ofrecida por cualquier parte o inclusive por el mismo juez como diligencia para mejor proveer. Si la prueba es positiva deberá declararse la paternidad o la maternidad. Si no se practica la prueba por causas ajenas a la voluntad del demandado, es decir, sin imputarse a una negativa injustificada del demandado, el juez tiene que resolver la pretensión con apoyo en las demás pruebas presentadas, resaltando que las pruebas científicas no son las únicas posibles.

La negativa de la parte demandada a someterse a esta, prueba, salvo prueba en contrario, hará presumir que es la presunta madre o presunto padre, es decir, que la negativa injustificada se puede reputar por sí misma *ficta confessio*, y por ende el resultado del litigio puede depender de tal negativa sin importar otras pruebas de cualquier clase. Ante dicha situación va a ser necesario que esa negativa conste de forma clara, indubitada y fehacientemente. Es cierto que, no se podrá imponer la extracción de la sangre por medio de la fuerza, ya que no hay un precepto habilitante para ello; pero también es cierto, que será una carga procesal contundente para alguna de las partes.

Por otro lado, hay que significar que en los procesos de filiación, no siempre habrá prueba directa de la paternidad o maternidad y éstas podrán declararse de los demás medios de prueba de filiación que hasta hoy se han utilizado; tales como el reconocimiento, la posesión de estado, la presunción, etc. Como hasta antes de la reforma, se probará directamente un hecho y, de forma indirecta la filiación.

F. La reproducción asistida

Cambios profundos se están dando en estas últimas décadas, en la noción sociológica de la familia, y sobre todo en la vida sexual, que hasta ahora, era el instrumento humano necesario para la procreación; tener hijos ya no es una bendición divina o inevitable, sino ahora puede ser una libre elección. Junto al ejercicio de la libertad sexual orientado a la generación de la especie, se ha ido instaurando un nuevo modo de procrear, con el uso de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, que dan como resultado una nueva relación de paternidad, que se funda exclusivamente sobre la voluntad del marido de aceptar al hijo concebido por su mujer con semen de otro como si fuese hijo propio o una nueva concepción de la maternidad, ya no fundada en una derivación natural y de certeza biológica.

Hay que aceptar que se vive una nueva realidad social, al ser posible la procreación sin necesidad de alguna relación sexual, que se complica según que el espermatozoide, el óvulo o el útero en que se vaya a desarrollar la gestación sea de uno o de los dos miembros de la pareja o de un tercero, sin importar el vínculo que los una; si se hace con o sin el

consentimiento del marido o compañero; si se realiza con gametos ajenos de las personas que toman la decisión del nacimiento del nuevo ser; o todavía más si la gestación se produce en mujer distinta, pues la que desea ser madre no pueda llevar adelante el embarazo; o cuando el padre ya se encuentra muerto en el momento de la concepción o transferencia del embrión.

Estos cambios tan relevantes en la procreación no responden a la relación jurídica de antaño, pues el hijo no es genéticamente del hombre y de la mujer que han decidido que nazca y en ocasiones ni siquiera lo es de la mujer que lo ha parido⁷. Todo indica que esa no es la filiación que hasta ahora se conocía, ni la paternidad/maternidad sustentadas son las que el derecho occidental, de Roma hasta el aquí y ahora, y la cultura universal, habían elaborado.

En la reforma del código civil del Distrito Federal incluido la determinación de la filiación de los hijos nacidos por la utilización de los avances genéticos. Así el artículo 162, segundo párrafo, prescribe que los cónyuges pueden emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Es decir, que la ley permite a los cónyuges la utilización de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Sin embargo la ley guarda silencio si se puede emplear gametos extraños a la pareja, sólo habla de que pueden utilizar los métodos de reproducción; así que al no prohibirla expresamente la fecundación humana asistida, de la posesión de estado (situación fáctica de carácter permanente), que, por ende, ayudará a consolidar establemente la relación familiar, *ad hoc*, ante un hipotético conflicto de paternidad y/o maternidades (biológica, gestante, jurídica o registral). La relación de filiación 1 disociarla de su componente genético; es o debe ser ante todo una relación socializante, de suerte que el vínculo biológico debe quedar desnaturalizado en favor de un *nexum* de integración cultural. La verdad genética debe ceder ante la realidad social, que es la que tendrá que imponerse. Evidentemente, el interés en evidenciar aquélla no es más que capitalizar la cuestión a un puro y absurdo reduccionismo biológico.⁸

⁷ Qué relación jurídica es esa que además de la inexistencia de la relación sexual T -o casual, el hijo no es genéticamente hijo del varón y/o de la mujer que ha querido nazca, y en algún caso no lo ha alumbrado siquiera esa mujer? Así se lo cuestiona Francisco Rivero Hernández en “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”. *Cuadernos de derecho judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de La genética en la determinación de la filiación*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1994, p. 282, y en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX., Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Ed. Trivium, S.A., Madrid, 1988, p.142.

⁸ Francisco Lledó Yagüe, *Fecundación artificial y derecho*, Ed. Tecnos, S.A., Madrid, 1988, pp. 26, 27, 73 y 75.

Bibliografía

- BOCCACCIO, Simonetta e DOGLIOTTI, Massimo, “Inseminazione artificiale: dubbi interpretativi e prospettive de jure condendo”, *Il diritto de famiglia e dello persone*, Año XVI, Giuffré, Milano, Italia, 1987.
- CALOGERO, Mario, *La procreazione artificiale; una ricognizione dei problemi*, Giuffré, Milano, Italia, 1989.
- CARBAJO GONZALEZ, Julio, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1989.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”, *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, S.A., Madrid, 1998.
- FERRER, Francisco, “Procreación asistida; Panorama jurídico”, *59 Colección jurídica y social*, Secretaría de posgrado y servicios a terceros, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 1995.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, “La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas”, en *Revista de la facultad de derecho de México*, Vol. 40, México, 1990.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Fecundación artificial y derecho*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, Tomo III, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México, 1998.
- MANTOVANI, Ferrando, “Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados”, *Revista de derecho y genoma humano*, Edición Española, Núm.1, julio-diciembre, 1994.
- MASSIP, Jacques, “La preuve scientifique de la filiation et la pratique judiciaire”, en *Droit de la filiation et progres scientifiques*.
- MONTES PENADES, Vicente, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, S.A., Madrid, 1998.
- MORO ALMARAZ, María Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, Barcelona, 1998.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La presunción de paternidad legítima, estudio de derecho comparado y derecho español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.
- UNIVERSIDAD DE DEUSTO, Bilbao, España, 1994.
- VERCELLONE, Paolo, *Tratado di diritto civil italiano*, La Filiazione, Vol. III, Tomo II, De. Utet, Torino, Italia, 1987.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de familia*, Tomo II, 2ª. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.