

CRÓNICA

Cronista: Lic. Arturo Díaz San Vicente

La genética es una rama de la ciencia biológica que estudia las formas y las características de los organismos vivos, sean éstas morfológicas, fisiológicas, bioquímicas o conductuales, que se transmiten, generan y expresan, de una generación a otra bajo diferentes condiciones ambientales.

Es a través de la genética que se intenta explicar cómo se heredan y se modifican las características de los seres vivos, por lo que se ha convertido en un medio de prueba indispensable en distintas materias del derecho, particularmente la civil, al permitir demostrar la identidad biológica y el parentesco entre las personas a partir de tejidos orgánicos.

Los avances científicos y tecnológicos de las últimas décadas en el campo de la genética, han modificado el punto de partida para solucionar buena parte de los problemas que surgen entorno a las relaciones de parentesco y filiación de las personas; asimismo la utilización de técnicas de reproducción asistida han alterado desde sus cimientos los fundamentos de aquellas instituciones que integran el derecho de la familia.

Los conocimientos en materia de genética han impactado a la sociedad no solo en el ámbito científico, sino también en el jurídico, por lo que han surgido

grandes temas relativos a los derechos de identidad y de intimidad como resultado de estos avances científicos.

Hasta hace poco la filiación era una presunción legal, la noción de padre estuvo acompañada siempre de incertidumbre salvo si ésta no era acompañada del reconocimiento expreso del progenitor; de esta forma la paternidad desde un punto de vista jurídico, podía estar en conflicto con la realidad natural y aun prevalecer sobre ésta.

Los avances científicos en el campo de la genética permiten comprobar la filiación de forma rigurosa, con un margen de error casi inexistente con lo que la paternidad se ha vuelto un hecho comprobable sin posibilidad de equivocación.

Gracias a estos avances, con los cuales es posible establecer el nexo familiar, se ha iniciado la consolidación de uno de los derechos humanos que se le atribuyen a la persona: el derecho a la identidad personal, el cual permite que un ser humano sea único en su compleja y múltiple diversidad; el derecho de la persona a conocer su origen biológico, y su derecho a una identidad cierta y reconocida jurídicamente.

Este derecho de la persona a conocer su proveniencia genética se encuentra reconocido en el apartado 1, del artículo 7, de la Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 25 de enero de 1991, en el que se señala el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; asimismo, los Estados parte se obligan a respetar el derecho del niño a

preservar su identidad, el que comprende además de la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

De esta forma el derecho del menor o de los menores a tener nombre y conocer a sus padres integra su derecho a la preservación de su identidad, en el que el nexo filial ocupa un lugar principal.

En la misma convención se establece el interés superior de la infancia como el principio rector que debe prevalecer en todas las medidas que se tomen relativas a los niños.

La determinación del nexo familiar mediante la aplicación de una prueba de ADN se constituye como la herramienta idónea para determinar la identidad genética que permitirá a los individuos confirmar su vínculo filial con cualquiera de sus progenitores, para derivar de este un sistema de derechos y obligaciones que no solo involucra a padres e hijos sino al grupo familiar en su conjunto.

El 31 de enero de 2000 se publicó la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, cuyo objeto es el de garantizar y promover los derechos de los menores y establecer los principios para orientar, instrumentar y evaluar las políticas públicas y acciones de representación jurídica, asistencia, prevención y protección de sus derechos. Lo anterior tiene el fin de impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades, de forma equitativa, para las niñas y niños, así como establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de sus derechos, y promover la cultura de respeto hacia ellos.

En la fracción XVII del artículo 3o. de dicha ley se define a la niña o niño como ser humano menor de dieciocho años de edad.

Los principios rectores de la ley que nos ocupa, son los siguientes:

1. Dar prioridad al bienestar de los menores sobre cualquier otro interés que pudiera perjudicarlos;
2. Corresponsabilidad de la familia, órganos de gobierno y sociedad en la atención de niñas y niños;
3. Igualdad y equidad para las niñas y niños;
4. Considerar a la familia como el mejor espacio para el desarrollo de los menores;
5. Que el gobierno debe tomar en consideración que las necesidades de los menores son diferentes en cada etapa de su desarrollo;
6. Debe existir un ambiente sin violencia para su desarrollo correcto, y
7. El respeto por la diversidad cultural, étnica y religiosa.

Además, se establecen los derechos que tienen los menores en el Distrito Federal los cuales pueden ampliarse pues se establecen de forma enunciativa y no limitativa.

Estos derechos son:

a. Derechos a la vida con calidad, sin discriminación ni violencia con respecto a su persona; derecho a la integridad física, psico-emocional y sexual; a ser protegidos de la explotación de cualquier tipo; a recibir protección tanto de sus padres y familiares, como de los órganos de gobierno y de la sociedad.

b. Derechos a la identidad, certeza jurídica y familia, con lo que se protege la prerrogativa de tener nombre y apellidos propios así como nacionalidad; a conocer su origen genético y la identidad de sus padres; a vivir en familia y a mantener relaciones personales y contacto directo con sus progenitores. Asimismo, el derecho a emitir su opinión y ser escuchado en los asuntos que le afecten; a recibir un trato apropiado en caso de ser víctima de un delito o de cometerlo.

c. Derechos a la salud y alimentación, que consiste en tener derecho a recibir alimentos, bienes y servicios para su desarrollo, acceso a servicios médicos, orientación y capacitación en salud, higiene y nutrición.

d. Derechos a la educación, recreación, información y participación, que consisten en la facultad de expresar su opinión y a ser tomados en cuenta en cuestiones que afecten su vida personal y social, así como a recibir información adecuada a cada etapa de su crecimiento, a una educación de calidad y a participar en actividades culturales, deportivas y recreativas.

e. Derechos a la asistencia social que consisten en la inclusión a programas de asistencia social para que los auxilien y protejan por maltrato, abandono, desintegración familiar, enfermedades graves, discapacidad, abuso o explotación laboral o sexual, u otras situaciones que impliquen riesgo para el desarrollo integral del menor.

La ley en comento señala que es un derecho de los menores de edad el solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y conocer

su origen genético sin limitación alguna, para lo cual, establece que podrá realizarse la prueba pericial en materia de ADN al presunto progenitor de un menor, aun contra la voluntad de este y sin fijar limitación alguna.

Sobre este trascendental tema, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido importantes criterios y argumentos jurídicos surgidos durante el debate y resolución de diversos asuntos, los cuales se plasman en la presente crónica.

Al resolver el juicio de amparo surgido con motivo de un juicio denominado *de reconocimiento de hijos*, instaurado en contra de una persona para determinar si era el padre de un menor, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito estimó que el desahogo de la prueba pericial en genética puede atentar contra la integridad física de la persona al requerir de ésta la toma de muestras de material orgánico.

Por otra parte, el Segundo Tribunal Colegiado del mismo Circuito señaló que la admisión y desahogo de la mencionada prueba no afecta garantías individuales, pues ésta sólo implica la toma de muestras de sangre, saliva o cabello, lo que en estos dos últimos casos no provoca molestia física alguna; respecto de la toma de muestras de sangre, argumentó que ésta es reparable de forma natural, por lo que no implica perjuicio de imposible reparación.

De esta forma, en el proyecto de resolución respectivo se señaló que los Tribunales de Circuito en comento partieron del examen de cuestiones jurídicas iguales en esencia y adoptaron posiciones jurídicas discrepantes, al analizar, cada uno por separado, la naturaleza jurídica de la prueba pericial en genética, misma

que requiere la toma de muestras de material orgánico con el propósito de determinar situaciones relacionadas con la paternidad, acciones de reconocimiento de hijos o cuestiones patológicas.

Los Tribunales Colegiados en discrepancia señalaron, cada uno por su lado, que la naturaleza jurídica de la prueba pericial en genética requiere la toma de muestras de material orgánico con el propósito de determinar situaciones relacionadas con la paternidad, acciones de reconocimiento de hijos o cuestiones patológicas.

Al resolver la contradicción de tesis planteada, la cual fue registrada con el número 81/2002-PS, la Sala advirtió que los criterios contradictorios provinieron del examen de acuerdos por los cuales se admitieron las pruebas periciales en genética y de los posibles perjuicios de imposible reparación que se podrían causar en sus desahogos a quienes aportaran el material orgánico, pues podrían ser lesionados derechos fundamentales, con lo que el amparo indirecto sería procedente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 114 de la Ley de Amparo.

La Primera Sala del Máximo Tribunal del país señaló que el desahogo de la prueba pericial en genética implica la ejecución de diversas pruebas de laboratorio y estudios químicos en algunas ocasiones, para lo cual es necesario extraer del cuerpo humano distintas muestras, en especial de sangre y otros tejidos, a fin de determinar una correspondencia de ADN (ácido desoxirribonucleico) y estar en aptitud de determinar así, una relación de parentesco por consanguinidad y resolver controversias relativas al reconocimiento de paternidad.

Sostuvo que la conveniencia de estas pruebas no debe ser considerada como totalmente admitida, pues los avances científicos pueden provocar que los ordenamientos jurídicos se queden rezagados, con lo que se podría originar la violación de las garantías individuales de la persona, pues es factible que se generen nuevos métodos menos molestos físicamente para llevar a cabo la citada prueba.

Asimismo, la Primera Sala señaló en su resolución que en contra del auto por el cual se admite la prueba pericial en genética y su correspondiente desahogo en los juicios de reconocimiento de hijos y reconocimiento de paternidad entre otros, es admisible la demanda de amparo indirecto pues se estima que con ello se pretende salvaguardar derechos fundamentales del gobernado y su posible violación.

La tesis de jurisprudencia generada de la contradicción de tesis en comento, recibió el número 17/2003 y fue publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, abril de 2003, página 88, cuyo rubro es el siguiente:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA.

De esta forma, la Sala no se manifestó en contra de la práctica de la prueba pericial en comento, pues señaló que esta era la forma principal de determinar la relación de parentesco consanguíneo entre las personas; lo que debe hacerse, acota, es delimitar sus alcances y fines al momento de su admisión en juicio, de

forma tal que se salvaguarden los derechos fundamentales del individuo al que se le aplique.

La Jurisprudencia de la Primera Sala se refiere sólo a la procedibilidad del juicio de amparo y no al hecho de si la prueba pericial en genética es constitucional o no; de lo que se trata es de que las personas acreedoras de derechos fundamentales no vean vulnerados los mismos con la posible afectación que la realización de esta prueba puede traer consigo.

En otro asunto de extraordinario interés, el 22 de septiembre de 2004, el Juez Cuadragésimo de lo Familiar del Distrito Federal ordenó que se practicara la prueba molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), a las partes y al menor cuyo reconocimiento se demandó en el juicio ordinario civil de reconocimiento de paternidad 55/2004, con la finalidad de determinar el parentesco del actor y del demandado respecto de este último.

Para lo anterior, el juzgador giró oficio a la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de la República, para que designara un especialista en la materia y que este a su vez, señalara día y hora para la toma de muestras necesarias para rendir su peritaje.

El demandado se inconformó con dicha resolución e interpuso demanda de amparo, en la cual impugnó los artículos 341 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal; 278 y 279 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como el artículo 5o. apartado B), inciso III de la Ley de los Derechos de los Niños y las Niñas en el Distrito Federal.

El Juez de Distrito que conoció del asunto determinó sobreseer en el juicio por lo que respecta a la expedición, promulgación, publicación y aplicación de los artículos 341 y 382 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo anterior, el quejoso interpuso el recurso de revisión en contra de dicha resolución, ante lo cual, el Tribunal Colegiado que conoció del recurso ratificó la resolución del inferior y resolvió además sobreseer por lo que hace a la expedición, promulgación, publicación y aplicación del artículo 5o. apartado B), inciso III de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal.

Los principales agravios expresados por el quejoso, se refieren a dos aspectos fundamentales:

a. Que el artículo impugnado de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, al establecer que éstos pueden solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y conocer su origen genético, sin fijar las limitaciones correspondientes, autorizando la práctica de investigaciones sobre la intimidad de las personas, en contravención de lo que establece el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal, con lo cual estimó se violaron en su perjuicio los artículos 1o., 14 y 16 constitucionales.

b. Consideró que la realización de la prueba genética molecular del ácido desoxirribonucleico podría dar como resultado otro tipo de condición genética hereditaria relacionada con aspectos patológicos, lo cual consideró que constituía una violación a la intimidad, dignidad, religión, creencias e ideosincracia de las personas, además de que estimó que dicha prueba restringía la libertad de las personas al quedar obligadas a acudir el día y hora que se determine para la

realización de la prueba, con lo que se afecta la integridad de éstas pues al efectuarla se les causan lesiones en contravención a lo que disponen los artículos 1o., 14, 16 y 22 constitucionales.

En su resolución, el Tribunal Colegiado reservó jurisdicción a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la interpretación directa del artículo 122 de la Constitución Federal, por estimar que sobre esta cuestión le correspondía conocer a este Alto Tribunal.

El asunto fue radicado en la Primera Sala con el número 1166/2005, y en la resolución correspondiente, se determinó que el concepto de violación en el que se argumentó que el artículo 5o. apartado B), inciso III de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal contraviene lo dispuesto por el artículo 374 del Código Civil local, con ello se vulnera el contenido de los artículos 1o., 14 y 16 constitucionales, es inoperante, pues enfrenta a dos normas que integran leyes secundarias y no establece una confrontación con la Norma Fundamental del país.

Además, la Sala determinó que el precepto referido sí determina limitaciones, pues de su contenido es posible inferir que la información que se obtiene de la realización de la prueba molecular del ácido desoxirribonucleico (ADN), tiene el único propósito de que el menor conozca la identidad de sus padres y no sus condiciones médicas o conducta.

Señaló que el artículo impugnado no atenta contra la libertad de las personas, pues no establece la obligación de acudir a la práctica de la prueba, ni a que les sea extraído el material orgánico necesario para su realización.

En la resolución también se abordó el concepto de violación en el que el quejoso adujo que la metodología para llevar a cabo la prueba, causa lesiones a los sujetos a quienes se les realiza al retirárseles tejidos vivos, con lo que presumiblemente se viola en su perjuicio el artículo 22 de la Norma Fundamental.

La Sala estimó infundado este concepto de violación, en razón de que la prohibición establecida en el precepto constitucional aludido de practicar penas corporales que impliquen lesiones físicas, se refiere a sanciones que impone el Estado a quienes resultan responsables de la comisión de un delito, y en el caso, la prueba pericial en genética se encuentra dentro de la materia civil y no la penal, por lo que la práctica de dicha prueba no puede ser considerada como una pena o sanción, y mucho menos, como la imposición de penas infamantes, inusitadas o trascendentales.

Por otro lado, la Sala determinó que no se afecta la garantía de audiencia pues el artículo impugnado consagra un derecho subjetivo que tienen los menores a la identidad, certeza jurídica y familia; la norma no limita a los gobernados a que acudan a juicio ante un órgano del Estado previamente establecido, así como tampoco dispone que se dejen de observar las formalidades esenciales del procedimiento, como el derecho de defensa y el de aportar pruebas.

Por tanto, aunque la ley en comento no contempla una audiencia en la que se pueda controvertir la prueba pericial en genética molecular, ésta si se encuentra contemplada en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, por lo que no es posible declarar su inconstitucionalidad por violar la garantía de audiencia.

Además de lo anterior, la Sala señaló que la referida ley no viola la garantía de legalidad a que se refiere el artículo 16 constitucional, pues fue emitida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en uso de las facultades que le otorga el artículo 122 de nuestra Norma Fundamental.

Con base en lo anterior, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió negar el amparo solicitado por el quejoso y de dicha resolución derivaron las tesis con los siguientes rubros:

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). ANTE LA POSIBILIDAD DE LOS PRESUNTOS PADRES DE NEGARSE AL DESAHOGO DE DICHA PROBANZA SE PRESUMIRÁ SU PATERNIDAD SALVO PRUEBA EN CONTRARIO (ARTÍCULO 5, APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL).¹

PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA MOLECULAR DEL ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO (ADN). EL ARTÍCULO 5 APARTADO B), INCISO III, DE LA LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.²

¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2006, p. 736, tesis 1a. CCXVII/2005; IUS: 176172.

² *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, enero de 2006, p. 737, tesis 1a. CCXVIII/2005; IUS: 176171.