FONDO Derecho de los

s formas de establecimien

s Morales Reynoso, Luz M

es Reyes, Del amor y los d

ración: la solidaridad–fr

rtínez, Juan-María Parent

para la paz de las nacion

nos A FONDO Derecho d

as nuevas formas de esta

e Lourdes Morales Reynos

briela Fuentes Reyes, Del a

cera generación: la solid

tañeda Martínez, Juan-Ma

# A FONDO

# Derecho de los menores a la identidad y las nuevas formas de establecimiento de la paternidad

María de Lourdes Morales Reynoso
Luz María Jaimes Legorreta
Gabriela Fuentes Reyes

## Resumen

A través de la historia, el derecho ha recurrido a suposiciones para (re)construir los hechos de cuya existencia depende la aplicación de las normas. Gracias a la tecnología, en muchos campos se han dejado las presunciones a partir de las cuales se gestaban las evidencias que validaban hechos jurídicos como la filiación. Hoy por hoy, el reconocimiento de un menor no depende de la voluntad del padre, sino de pruebas que determinan sus vínculos con éste. La negativa a hacerse exámenes como el de ácido desoxirribonucleico (ADN), no es un obstáculo insoslayable para determinar su identidad. A juicio del juez, la negativa puede equipararse a un resultado positivo. Esta decisión implica un ejercicio de ponderación entre derechos y constituye un interesante caso de prevalencia normativa de un derecho humano sobre otro, reto que enfrentan los sistemas jurídicos que encuentran su fuente de legitimidad, precisamente, en el respeto a los derechos humanos.

**Palabras clave:** identificación, menor, derecho a la identidad, paternidad, conflicto de derechos.

## *Abstract*

*Throughout history, law has used assumptions to re-invent events that reorient the aplication of rules. Thanks to technology some of this assumptions have been turned into certainties. Today, the recognition of one child does not depend on the will of the father, but on very accurated tests. So, his refusal to take paternity exams is not an unavoidable obstacle to determine genetic identity. A judge can interpretate this refused as consent. This decision involves an exercise of interpretation between rights and constitutes an interesting case of normative prevalence of certain human rights, as source of legitimacy.*

***Key words:*** *identification, child, identity paternity, conflict of rights.*

## Introducción

La determinación de la identidad genética de los menores mediante el examen de ADN ha generado a menudo tantos conflictos como los que soluciona. Los argumentos a favor del derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad, y viceversa, sustentan decisiones diferentes según el caso que se enfrente. La elección de la encrucijada como símbolo de la convergencia de la diversidad se remonta a los viajantes y a las tradiciones que la identifican como lo contrario a lo que es estable y seguro. La encrucijada es, sobre todo, elección. De ahí que sea el símbolo por excelencia de la convergencia y a la vez, de su contrario. Por este motivo, nos ha parecido adecuado utilizar dicho término para simbolizar la complejidad que ha introducido la tecnología en materia de interpretación de las circunstancias, fenómenos y acciones que permiten la construcción de hechos jurídicos, concretamente de hechos judiciales en materia familiar.

Los procedimientos y técnicas que permiten la identificación de las personas atendiendo a su identidad genética pueden, como cualquier otra herramienta, ser utilizadas de manera positiva o negativa. La tecnología que hoy da seguridad frente a grupos criminales, mañana genera los dispositivos de vigilancia ciudadana en un estado totalitario. Lo que hoy nos permite demostrar que una autoridad abusa del poder conferido por la comunidad, mañana sirve para solaparlo. En su aspecto más oscuro, se utilizan con fines de vigilancia dirigida a los ciudadanos, aunque también permiten, idealmente, procurar la protección de los derechos ciudadanos cuando éstos corren riesgos por ausencia de información.

En relación al Derecho, durante la mayor parte de su historia, se ha recurrido frecuentemente a indicios y suposiciones para reconstruir los hechos de cuya existencia depende la aplicación de las normas. Gracias a las nuevas técnicas periciales, entre ellas las que permiten identificar a las personas, vivimos una revolución de la certeza que las pruebas aportan en cada caso, dejando atrás las presunciones a partir de las cuales se gestan las evidencias que construyen y validan los hechos jurídicos. La epistemología del hecho judicial se vincula a

la identificación en diversas áreas del Derecho, entre ellas el derecho familiar, que constituye la pauta para determinar los vínculos (y por ende los derechos y obligaciones) entre los miembros del grupo.

Antiguamente, el reconocimiento hacia el padre fue el criterio dominante para la identificación de sus descendientes. La identidad del menor dependía enteramente de él. Era su derecho reconocer al hijo y a la vez una obligación para con los ancestros, siendo su responsabilidad garantizar la pureza del linaje, puesto que la identidad del menor debía ser fijada para salvaguardar el interés de sus ascendientes y descendientes, nunca el interés de aquél. Exactamente lo contrario a lo que actualmente se apela cuando se habla del derecho a la identidad que tiene el menor.

La identidad social, como raíz que otorga sentido y pertenencia, inicia en la familia. El reconocimiento ha dejado de ser una gracia otorgada por el padre, para convertirse en una condición insoslayable en la construcción de la identidad del menor, cuyo primer paso es la identificación de sus progenitores. Es aquí donde hacen su aparición las nuevas tecnologías, con la prueba biológica molecular para la caracterización del ADN de las células, que se ha convertido en la forma por excelencia para establecer la paternidad. El reconocimiento se ha separado de la voluntad del padre, quien mediante la identificación por dicho examen ha perdido su hegemonía como fuente de identidad, la que ha pasado al Estado, personificado, en esta situación, por el juzgador.

Esto es evidente en un caso que hemos calificado como encrucijada de subjetividades: la negativa del presunto padre a realizarse la prueba. Esta situación, paradójicamente, no imposibilita la identificación, sino que la acelera, ya que sustituye a la prueba misma, apelando a su eficacia. La negativa a hacerse la prueba puede equivaler, a juicio del juez, a un resultado positivo. La carga de subjetividad de esta decisión es alta. Se pondera por encima del derecho a no realizarse una prueba invasiva (por un señalamiento, quizá, arbitrario) y no necesariamente por el temor a un resultado positivo, la necesidad de procurar identidad al menor; lo que constituye un interesante caso de prevalencia normativa de un derecho humano sobre otro,

uno de los principales retos de los sistemas jurídicos respetuosos de la dignidad del hombre.

## 1. La identidad en el Derecho

La identidad es una de las características que el ser humano tiene en su calidad de ser inteligente y sociable. En el reino animal es de vida o muerte conocer la identidad de aquel que se tiene enfrente, ya sea porque se trate de alguien a quien es necesario proteger, o bien, cuando es preciso escapar de un depredador. Muchos animales se reconocen a partir de sustancias químicas y sonidos, pero parece ser que sólo entre los simios antropomorfos y algunos mamíferos acuáticos, es posible que entre ellos se identifiquen y distingan del resto del grupo. Son muy pocos los animales que se reconocen a sí mismos en un espejo y que no únicamente asignan valor a los integrantes del grupo como miembro de éste, sino como individuos, de entre los cuales somos los más característicos.

Desde el nacimiento de las primeras civilizaciones hasta los albores del cristianismo, la individualidad, para fines jurídicos, no fue mucho más que la singularización de los caracteres de la colectividad, en virtud de que si bien era reconocida la conciencia de cada cual y las diferencias entre las personas del mismo grupo, esa singularidad no merecía protección legal alguna. Se protegía la identidad de grupos frente a otros (clases), pero en este caso lo que se cuidaba en el individuo era la identidad del grupo; aquella que en la antigüedad servía generalmente a fines que hacían trascender a las personas, ya fuera que éstos estuvieran relacionados con la ciudad, el culto religioso o la familia. Hubo que esperar a que el cristianismo desligara la salvación del alma individual del estrato al cual se pertenecía en la sociedad, para que la individualidad tomara forma en el mundo jurídico como una condición para ejercer derechos y cumplir con deberes y responsabilidades propias.

La identidad dejó de tener una mera función de reconocimiento de otro como "miembro de" para convertirse cada vez más en la base de la individualidad. Sin embargo, pocas veces fue protegida

adecuadamente por los antiguos sistemas jurídicos que privilegiaban los derechos de clase. Sólo a partir de la ilustración, cuando se propagó su inserción en diversas cartas legales en los países de Europa occidental, a finales del siglo XVIII, la encontramos como un derecho o un estatus que ha de protegerse frente a otro.

Desde entonces, la identidad se ha constituido en un concepto toral del Derecho, en virtud de que de ella depende la procedencia misma de aplicación de la norma. De la personalidad jurídica se desprende la posibilidad de ser sujeto de derechos u obligaciones. La identidad de una persona y su vinculación con ciertas acciones es lo que permite exigirle el pago de una obligación, el ejercicio de un derecho, la imposición de una pena, el derecho a una herencia y prácticamente todos los derechos y obligaciones que el mundo jurídico implica. En materia penal, por ejemplo, la imputación es la condición de aplicación de una pena, pero se requiere de la identificación del autor del hecho regulado por la norma con el que es sujeto de aplicación de la sanción para proceder a su materialización.

Los vínculos entre personalidad e identidad son evidentes al analizar los atributos de la primera, previstos por el Código Civil del Estado de México. En el caso del ejercicio de un derecho se requiere asimismo que exista correspondencia entre el sujeto del derecho y aquel que puede ejercerlo o exigirlo; ello sólo es posible mediante la identificación.

Habiendo procurado un panorama general de la trascendencia de la identidad en el Derecho, podemos ocuparnos del caso concreto de la identidad en el derecho familiar.

## 2. La identidad y los sistemas de identificación en los albores del Derecho

Hemos de advertir que la identidad del menor como miembro de la familia ha sufrido cambios drásticos en las últimas décadas: ha pasado de un régimen fundamentalmente patriarcal a un concepto de familia que apenas comienza a perfilarse, pero que se caracteriza por todo menos por su univocidad. Entender no sólo la forma en que el Derecho ha regulado las condiciones para acceder a esa identidad,

sino el papel que desempeña en la refundación del derecho familiar, es necesario para abordar el tema de la identidad filiatoria y las posibilidades que ha abierto la genética para su asignación.

En Grecia y Roma la división del Derecho en público y privado, que se conservó intacta en nuestro sistema jurídico hasta hace muy poco, era de importancia capital para determinar el papel que el Estado debía tener en los asuntos que se le planteaban. La diferencia entre estas áreas jurídicas no era una mera distinción dogmática, sino que condicionaba el grado de injerencia del Estado en los asuntos personales. De ahí que, como veremos, el cambio del derecho familiar de privado a mixto ha sido actualmente de enorme trascendencia para las decisiones que los jueces pueden tomar e incluso para los asuntos que se pueden plantear. Una intrusión que en la antigüedad clásica era simplemente impensable.

El derecho familiar es un área muy sensible en los sistemas herederos de las tradiciones helénicas y romanas, en virtud de que el derecho mismo nace en las reglas de la familia. Contrariamente a lo que sucede en nuestros sistemas (a partir de la aportación germánica a nuestra vida jurídica) la consanguinidad, aunque importante, no era el factor determinante de identificación entre los miembros del grupo familiar.

En Grecia y Roma, la familia se identificaba por la práctica común del culto a los antepasados. La identidad entre los miembros estaba basada en éste y moldeaba instituciones como la adopción, el matrimonio, la herencia y la propiedad, por mencionar algunos aspectos. El culto a los antepasados sólo podía ser propio de aquellos que eran considerados como sus descendientes. Esta calidad se reservaba a los varones, dado que las mujeres estaban destinadas al matrimonio y por esa vía compartirían el culto a los antepasados de su marido, era imposible que la línea de descendientes que garantizaba el culto a antepasados comunes fuese transmitida por ellas. Las mujeres se debían a los antepasados de su esposo y por el matrimonio pasaban a ser descendientes de aquellos y unas extrañas para su familia.

El culto a los antepasados implicaba su protección, la cual brindaban a cambio de comida sacrificial, ceremonias de alabanza y el

mantenimiento del fuego del hogar. La casa no sólo era el lugar en el que la familia vivía, sino el lugar en el que descansaban los antepasados (parece que el patio central sirvió en algún momento para ese fin) por lo que no podía, bajo ninguna circunstancia, ser dividido entre varios hermanos, ya que no podía fraccionarse el culto, ni los manes[1] dejar de recibir las ofrendas. Las leyes de la herencia (cuyo disfrute correspondía exclusivamente a los varones e incluso, en ocasiones, únicamente al primogénito) eran establecidas en favor de esta línea y no del hijo que debía continuarla.

En este contexto, la identidad era determinante para ser y tener. En la misma medida eran importantes los procedimientos para establecerla. Los sistemas de identificación responden a las necesidades de la sociedad de su tiempo y a los criterios de legitimación de la identidad. De la idea de que el padre era el que tenía el derecho y la obligación para con sus antepasados de conservar el culto asociado a un linaje, surge el sistema de reconocimiento de hijos en Grecia y Roma.

Era tan importante conservar el linaje que la consanguinidad no era el factor determinante para acceder a éste. Si bien se favorecía al hijo biológico, los que no podían tenerlo recurrían a la adopción, que de ninguna manera surgió para proveer al menor de cuidados, sino para que al crecer éste proporcionara cuidados fúnebres a sus antepasados, conservando la línea que había sido rota por la ausencia de hijos naturales. Así, mediante la adopción se lograban, entre otras, las siguientes finalidades:

1. Suplía a la naturaleza, para un hombre sin hijos procurándole un heredero de su nombre, de su fortuna y de su culto privado.

2. Permitía a un ascendiente adquirir la patria potestad sobre descendientes que no le estaban sometidos en razón de las reglas especiales de organización de la familia.

[1] En las principales tradiciones grecolatinas se trataba de los antepasados familiares y se les brindaba tratamiento de dioses. Eran los protectores del hogar y antecesores en el disfrute de los derechos que, en las tradiciones jurídicas griegas y romanas, procuraban al padre autoridad sobre los demás miembros de la familia.

> 3. Podían, en fin, realizar un objeto político; hacer adquirir el derecho de ciudad a un latino, transformar a un plebeyo en patricio o, más aún, bajo el imperio, dar un sucesor al príncipe reinante (Lemus, 1964: 72).

No pretendemos explicar toda la evolución de la noción de identidad en Roma, pero sí subrayar la importancia que ha tenido para el derecho familiar, puesto que se ha organizado conforme a aquél, con los cambios que el propio contexto social ha generado. Históricamente, la identificación del menor como hijo y por ende como integrante del núcleo familiar, con la carga de responsabilidades y privilegios que esto acarrea, es solamente un privilegio (y deber) del padre. Los sistemas de reconocimiento jurídico más antiguos así lo evidencian:

> Este hijo no era más precioso a los ojos de los griegos, pues más tarde tenía que hacer los sacrificios, ofrecer la comida fúnebre y conservar por su culto la religión doméstica. Así, en el viejo Esquilo, se llama al hijo salvador del hogar paterno. El ingreso de este hijo en la familia se señalaba con un acto religioso. Primero, tenía que ser aceptado por el padre. En calidad de dueño y custodio vitalicio del hogar, de representante de los antepasados, este debía declarar si el recién nacido era o no era hijo de la familia. El nacimiento sólo formaba el lazo físico; la declaración del padre constituía el lazo moral y religioso. Esta formalidad era tan obligatoria en Roma como en Grecia (Fustel, 2007: 45).

Posteriormente, durante el imperio, nacieron otras formas de reconocimiento que, en todo caso, implicaban el reconocimiento formal, público y explícito del padre, aún tratándose de hijos tenidos fuera del matrimonio.[2]

[2] Uno de los ejemplos más famosos de este tipo de casos fue la petición de reconocimiento de Cesarión ante César. Cleopatra hizo llevar al hijo que había tenido con César ante sus capitanes y por intermedio de una criada mandó que lo pusieran a sus pies; si el menor era levantado en brazos por éste, el reconocimiento se daba *ipso facto.* No hacerlo equivalía a la negación de la paternidad, lo que tenía obvias consecuencias para el menor y para la madre.

La identidad no sólo desempeñaba una función en la vida privada, sino también en la pública. En el derecho romano, por ejemplo, la identidad era fundamental para determinar si el individuo tenía o no derechos respecto a cuestiones como la ciudadanía y otras que hoy ya no son requeridas, como la posibilidad de acceder a una mejor educación, a un escaño en el senado en alguna época o a cargos en las provincias. Pero también se requerían para asuntos que hoy siguen dependiendo de la identidad filiatoria, como la nacionalidad.

Podemos concluir que, con independencia de las diversas formalidades que fueran establecidas, el factor fundamental para identificar filialmente a un menor era la declaración del padre y sobre esta idea se construyó la figura jurídica del reconocimiento hasta hace muy poco.

## 3. El cambio de estatus jurídico de la identidad del menor plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus implicaciones en el derecho familiar

Antes de tratar el tema que nos ocupa: la Convención sobre los Derechos del Niño, nos gustaría explicar un poco lo que representó para el propio derecho familiar este documento, que fue el clímax de una tendencia respecto a la materia familiar que se venía gestando desde mediados del siglo XX.

Las situaciones que transformaron la naturaleza del derecho familiar durante el siglo pasado fueron dos y destruyeron lo que quedaba de la antigua potestad del padre. La primera fue el cambio de los roles que las mujeres desempeñaban en las familias y su incorporación al trabajo. La segunda, el nuevo estatus de los menores, quienes dejaron de estar encerrados en el ámbito de la familia, la granja o el taller, para incorporarse a la escuela o las fábricas; situaciones que implicaron el contacto de los menores no sólo con otros ámbitos sociales, sino, sobre todo, con otros menores. Al respecto, Antoine Prost señala:

> la prolongación de las escolaridades remite a mutaciones mucho más profundas: más todavía que una socialización de los aprendizajes es un aprendizaje de la sociedad. Antes este aprendizaje se efectuaba dentro de la familia, y entonces se podía definir a esta última como "la célula básica" de la sociedad [...] Actualmente la autoridad paternal se ha hecho arbitraria, se la ha vaciado de contenido cuando se la ha desposeído de la facultad de dirigir las tareas familiares indiscutibles (Prost, 1991: 72).

Esto significó sobre todo que los abusos dejaron de ser, poco a poco, algo privado para convertirse en una situación de interés público. Aunque desde el siglo XIX la situación de los menores en las minas de carbón que alimentaban la revolución industrial había preocupado a los legisladores, fue hasta que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 comenzó a influir directa o indirectamente en los sistemas jurídicos del orbe, cuando se desarrollaron instrumentos internacionales con carácter vinculante, a los que cada vez más países se adhieren.

El cambio de mentalidad de la sociedad sobre los menores fue lo que más influyó para determinar que el derecho familiar fuera de naturaleza mixta (pública y privada) en atención a que las mujeres han dejado de ser tratadas como menores de edad para responsabilizarse como progenitoras, de quienes el menor también ha de ser, potencialmente, protegido. Por ello, la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó un parteaguas en el desarrollo dogmático y legislativo de este derecho.

Antes de la Convención, el derecho familiar se había mantenido dentro del derecho civil, lo que formalmente implicaba una menor intervención oficial en los asuntos que le concernían a la familia, si bien ya no constituía un área inaccesible a los poderes del Estado como lo había sido en la antigüedad, el contenido de la Convención y los derechos que establecía en favor de los menores, no podían ser protegidos sin al menos algún tipo de injerencia estatal en el mundo familiar, por lo que los estudiosos de este derecho tuvieron que replantear muy seriamente la naturaleza jurídica de su área de estudio.

La Convención formalizó el traslado que se había venido haciendo de los derechos del padre a favor del menor. Ahora los niños no solamente debían ser protegidos por sus padres, sino de ellos y a pesar de ellos. El Estado debe vigilar que así sea. De esta manera nace el acuerdo de que éste puede inmiscuirse en el poder que el padre (ahora los padres) ejerce sobre el hijo cuando así lo ameriten las circunstancias.

De ahí que el derecho familiar sea actualmente una rama que fluctúa entre el derecho público y privado, donde el término mixto no es sino una forma de tratar con la complejidad que la nueva manera de entender las obligaciones de la familia le ha impuesto al derecho privado.

Uno de los derechos que la Convención protege es precisamente el *derecho a la identidad de los menores*, consagrado en el artículo octavo. Éste ha dado origen a una buena cantidad de interpretaciones, que cada vez son menos dispares, conforme se forma una conciencia internacional sobre la importancia de proteger jurídicamente esta situación. Fue el origen de la legislación sobre el tema en prácticamente todos los países occidentales y en los que se encuentran bajo su área de influencia:

> 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
>
> 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (ONU, 1989).

Las injerencias ilícitas son las contrarias a la ley, aquellas que puedan lesionar el interés superior del menor, su integridad, estabilidad y desarrollo.

La interpretación temprana de este artículo a favor de los padres evidenció que no todos los países han trasladado, al menos en

algunos sectores del gremio jurídico, el beneficio de la identidad del padre al hijo.

Más importante aún es el mandato contenido en el numeral dos, que obliga al Estado a responsabilizarse de que la condición que la Convención garantiza a los menores sea conservado. La privación ilegal no sólo se refiere a las disposiciones que pueden derivarse de regímenes totalitarios, sino de prácticas jurídicas que no hace mucho condenaban al menor a la ignorancia de su identidad, a fin de proteger el estatus del padre o de la madre, sobre todo cuando venía al mundo fuera del matrimonio.

Otro artículo importante para el tema que nos ocupa es el séptimo, que dispone las acciones básicas para garantizar el derecho a la identidad, desde una perspectiva que favorece al niño (y no necesariamente al padre):

> 1. 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.
>
> 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida (ONU, 1989).

Si bien en muchas ocasiones estas disposiciones parecen un decálogo de buenas intenciones, el carácter vinculante de la Convención hizo que muchos países tomaran en serio su articulado y adecuaran la legislación en la materia para cumplir los compromisos internacionales adquiridos. Es el caso de nuestro país, que modificó incluso el texto constitucional para dar cabida a estos principios. En general, la legislación que procura proteger los derechos de los menores se deriva del artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que, en sus párrafos siete y ocho, contiene las bases para su regulación en nuestro sistema jurídico:

> Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.
>
> Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Mientras que en el numeral tres de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la república), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Dicha Ley, en su capítulo sexto: Del Derecho a la Identidad, incluye en los tres primeros incisos del artículo 22, los derechos derivados de la aceptación de la Convención en México. Hemos omitido el último inciso y el último párrafo, en virtud de que hacen referencia a la identidad étnica, racial y cultural, que aún siendo de capital importancia no se refieren directamente al objeto de este texto:

> Artículo 22. El derecho a la identidad está compuesto por:
>
> A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el registro civil.
>
> B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
>
> C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.

La legislación ha procurado dar cumplimiento a las obligaciones relativas al derecho a la identidad que se derivan de la ratificación de la Convención, al menos en el plano formal. La jurisprudencia ha confirmado la importancia que le ha dado el legislador, señalando

explícitamente que las cuestiones relativas a la identidad filiatoria del menor son de interés público y que, por ende, deben ser protegidas con acciones propias del derecho público, que necesariamente implican la actuación del Estado en su calidad de imperio: "DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO [...] el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, *constituye un principio de orden público*[3] que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica" (SCJN, 2007b: 26).

Sin duda, otro de los principios determinantes para la forma en que se ha de legislar, interpretar y aplicar los preceptos señalados, es el del interés superior del menor. Criterio rector que desde 1959 fue concebido en la Declaración de los Derechos del Niño, específicamente en el segundo principio, como consideración fundamental para la protección especial y el desarrollo integral del menor. La obligación de los jueces de atender al interés superior del menor se fundamenta en el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño:

> 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será al interés superior del niño.
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (ONU, 1989).

Este principio fue además retomado en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que en su título primero relativo a las disposiciones generales, señala en el artículo

[3] Las cursivas son nuestras.

tercero: "Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes: A. El del interés superior de la infancia", indicando en seis incisos más otros que no atañen directamente a la temática que se ha planteado.

La principal dificultad relativa al interés superior del menor es su determinación por parte de los órganos jurisdiccionales, en virtud de ser un concepto que puede ser entendido de diferente manera por los distintos operadores jurídicos, por lo cual la vaguedad del concepto ha generado numerosos problemas, no sólo para encriptar legislativamente los derechos correspondientes, sino sobre todo para adecuarlos al caso concreto. Se trata de una apreciación externa que, en opinión de Sergio García Ramírez (2010), es valorado no desde el niño, sino desde el sujeto responsable del menor, la sociedad o la autoridad comprometidos a subordinar su conducta y decisiones al interés superior de éste.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha considerado conveniente pronunciarse sobre la extensión del concepto "interés superior del niño": "implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño" (SCJN, 2007b: 265). Quizá no ayuda a reducir la ambigüedad, pero vincula el sentido que se le ha de otorgar a los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, lo cual es, finalmente, el propósito de su inclusión en dicho documento.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo interpreta como: "principio regulador de la normativa de los derechos del niño, fundado en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades" (citada en García, 2010: 52). El cambio que los derechos de los menores ha implicado para la institución del reconocimiento filial ha sido enorme. No sólo ha variado el objeto mismo de la identificación, sino que se ha trasladado el interés de esta institución de los derechos del padre a los derechos del hijo. Dado que el sistema de identificación y deter-

minación de la identidad filiatoria dependía enteramente del padre, al desaparecer el motivo que justificaba dicho sistema, éste pierde legitimidad y utilidad ante los nuevos requerimientos de justicia y equidad.

## 4. Tecnología e identidad filiatoria: la prueba pericial en materia genética de ADN

En la vida jurídica cotidiana, las técnicas para lograr una identificación positiva muestran inequívocamente sus múltiples facetas, pues se acude a ellas generalmente en los casos que se someten a escrutinio judicial dos "verdades" mutuamente excluyentes. En un proceso no puede haber medias tintas cuando se trata de imputar una conducta a alguien. Esto resulta fundamentalmente positivo, porque uno de los problemas más sentidos en la toma de decisiones judiciales es la de la ausencia de pruebas contundentes que creen en el juez la convicción de haber decidido conforme a derecho y conforme a la verdad. Las pruebas no son positivas ni negativas en sí mismas. Esa carga valorativa únicamente se la asignamos cuando nos vemos enfrentados a un proceso que puede decidir nuestra libertad o la conservación de nuestro patrimonio. La prueba que hoy me absuelve es la misma que mañana me condenará. Además, no hay lugar para subjetividades. Así, la prueba pericial en materia genética de ADN realiza uno de los caros ideales del proceso: la certeza.

La tecnología, como herramienta al servicio de la verdad, parece no dejar mucho espacio a la subjetividad, dado que al menos en un proceso, de lo que se trata es de obtener un conocimiento objetivo de los hechos naturales, para construir, a su vez, hechos judiciales. Sirven para apoyar dichos, en este caso, de las partes. Cuando una prueba tiene un alto grado de certidumbre, afecta considerablemente la convicción que el juez se hace del asunto que se le ha planteado y, en la mayoría de los casos, decide el asunto mismo.

Las pruebas son el material a partir del cual se construyen hechos jurídicos. Algunas son tan contundentes que no requieren ir acompañadas de otros indicios, sino que por sí mismas prácticamente cons-

tituyen el hecho jurídico, mientras que otras son un reforzamiento y actúan sistemáticamente. En nuestra legislación, la prueba pericial en materia genética de ADN crea plena convicción en el juzgador y no precisa ir acompañada de ninguna otra. Esta prueba ha sido usada, sin embargo, con cautela, debido a que si bien nos permite certeza en la determinación de la identidad filiatoria, que no sólo garantiza los derechos del menor de acuerdo con las convenciones internacionales, también puede reunir a familias separadas por la intolerancia (como en el caso de las abuelas de la Plaza de Mayo en la Argentina), en otros contextos permitiría identificar personas racialmente indeseables o individuos con defectos genéticos o propensos a enfermedades; información valiosa que podría propiciar cierta discriminación.

Si esto parece lejano, no lo es al menos en lo que respecta al uso subjetivo de la información, con el que se adquiere, conserva, respalda y, fundamentalmente, contrasta. La información sólo es útil si puede ligarse con otra y precisamente por ello algunos proponen la creación de grandes bases de datos que permitan la contrastación de la información. Otros consideran que esto sería prematuro y peligroso, dado que hay una fuerte carga de subjetividad en la categorización de la información, que lejos de constituir una fuente de seguridad y certeza, puede tornarse en lo contrario, incluso en un contexto democrático. Al respecto, David Lyon (2004) refiere que si bien la presunción de inocencia es un principio al cual apelan los tribunales occidentales y el derecho a un proceso justo (entendido como un proceso fundamentalmente objetivo) el ideal que rige en teoría la impartición de la justicia, las cosas en la vida real no suceden así. El problema no reside solamente en el mal uso de la información, sino fundamentalmente en la subjetividad de los criterios con que son codificados los sistemas, creadas sus categorías de análisis y lo que implicará encontrarse en una u otra de ellas para el ciudadano de a pie. Estos riesgos no son tan lejanos como pudieran parecer. Bases con información de menor importancia que la del ADN circulan a menudo por un descuidado manejo del Estado.

Volviendo a la prueba genética y dejando al margen los incontables malos usos que puede darse a esa información, concentrémonos

en las implicaciones de utilizarla para determinar la filiación biológica. Podría pensarse que la existencia de una prueba razonablemente disponible en la mayoría de los países que, sin resultar barata ha dejado de ser inalcanzable, procura un resultado con una certeza de casi 100% en materia de identidad filiatoria y además ha sido aceptada ampliamente por la legislación, resolvería cualquier problema en la materia, pero no es así. A menudo los jueces siguen acudiendo a pruebas para construir no hechos incontrovertibles, sino presunciones; aunque éstas están sólidamente establecidas no dejan de ser lo que son. Lo novedoso de este caso es que esas presunciones se han construido a partir de la prueba.

La negativa a realizarse la prueba por parte del acusado se ha manifestado desde su instauración. Al principio, quedaba a su arbitrio someterse a ella, pero eso cambió a partir de una serie de tesis aisladas y jurisprudenciales emitidas por la SCJN en la materia, de tal modo que la negativa a realizarse la prueba se convirtió en una confesión ficta, con los mismos efectos legales que un resultado positivo. Dado que son varias las tesis en las cuales se aborda esta situación, únicamente incluimos las más significativas para el tema:

> JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO) [...] los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico [...] Los Códigos de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los Jueces y Magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, es constitucional que se le apliquen dichas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador, pero si a pesar de esas medidas no se logra vencer la negativa

> del demandado para la realización de la prueba, esto no significa que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor, y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia alguna, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación controvertida [...] considerarlo de otra manera llevaría a dejar el interés superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad (SCJN, 2007a: 111).

Como se desprende de la propia tesis, el fundamento para presumir la paternidad es la necesidad de separar de la potestad del padre la posibilidad de que el menor cuente con una identidad biológica. La subjetividad juega un papel determinante en el uso de la negativa a realizarse la prueba genética en materia de ADN, como evidencia por excelencia de la identidad filiatoria entre el demandado y el menor. Esta es determinada atendiendo a una presunción (a la parte a la que le está siendo demandado el reconocimiento, no se negaría si no fuera el padre, porque entonces quedaría absuelto de cualquier responsabilidad filiatoria con ese menor), sin tomar en cuenta que puede deberse a otros motivos.

Cuando afirmamos que no se toman en cuenta, no queremos decir que el propio juzgador no los ha considerado. Es posible que la persona simplemente se niegue a realizarse una prueba que estima indigna. La dignidad de la persona implica que no pueda ser utilizada por otros y para los fines de otros. Imponer una prueba de ADN lleva implícito el uso del cuerpo, como señala Taha Mehmood citando a David Lyon (2008: 113).

Cuando afirmamos que el juez ignora otros motivos, se trata de una ignorancia legal, en la que él aparenta inviable mantener cualquier consideración para los derechos a la intimidad de la persona, por tener mayor peso, por ley y por los criterios jurisprudenciales citados. Así, cuando los jueces comenzaron a pronunciarse en estos asuntos, hubo una serie de argumentos que calificaban dicha decisión como una intrusión y una violación a las garantías y derechos fundamentales de las personas. La SCJN ha opinado que la aplicación

de estas medidas es constitucional y ha expresado sus razones en la tesis siguiente:

> MEDIDAS DE APREMIO. SU APLICACIÓN ES CONSTITUCIONAL EN LOS JUICIOS DE PATERNIDAD CUANDO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN) (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO) [...] cuando el Juez en un juicio de paternidad ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, esa conducta encaja en los supuestos de aplicación de las medidas de apremio para que se cumpla la determinación del juzgador. Con la aplicación de estas medidas, no se viola el derecho a la intimidad genética del presunto padre, pues en los análisis de paternidad por ADN únicamente se obtiene la llamada huella genética [...] se concluye que el uso de las medidas de seguridad está plenamente justificado en tanto que el presunto ascendiente tiene la obligación de practicarse dicha prueba atendiendo al interés superior del menor y a su derecho de conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores (SCJN, 2007a: 150).

Este planteamiento trató de convertir la posibilidad de utilizar la fuerza pública como medida de apremio en la base de un conflicto entre el derecho a la identidad del menor y el derecho a la intimidad de la persona. Sin embargo, esta perspectiva no prosperó precisamente porque la presunción se había establecido atendiendo a que a ninguna persona se le puede practicar la prueba genética de ADN sin su consentimiento ni se le debe tomar una muestra mediante el uso de la fuerza. De ahí que la aplicación de las medidas de apremio haya sido limitada por el criterio siguiente:

> MEDIDAS DE APREMIO. ALCANCE DEL USO DE LA FUERZA PÚBLICA TRATÁNDOSE DE JUICIOS DE PATERNIDAD EN LOS QUE SE OFRECE LA PRUEBA EN GENÉTICA MOLECULAR (ADN) [...] Ahora bien, dentro de las medidas de apremio establecidas por la ley se encuentra el uso de la fuerza pública, pero esta medida debe utilizarse sólo para presentar al demandado al lugar donde

> deba tomarse la muestra genética, pero de ninguna manera para que con esta medida se obtenga dicha muestra (SCJN, 2007a: 149).

Sigue siendo, sin embargo, un desencuentro de perspectivas respecto a la forma en que han de interpretarse no ya los resultados, sino la reacción de una de las partes ante la posibilidad de obtener un resultado negativo.

Como hemos señalado, no necesariamente este puede ser el motivo del rechazo a efectuarse la prueba, sino que simplemente la parte a la que se le imputa una determinada identidad filiatoria puede rechazar la práctica por considerarla invasiva, por atentar contra su privacidad, sólo por el aparente capricho de una de las partes (la que está demandando el reconocimiento de identidad filiatoria). Esta es precisamente la otra situación que crea conflictos respecto a la prueba. No queda claro cuáles son las pruebas o evidencias que darán fuerza suficiente a este motivo como para que el juez ordene que la parte demandada se someta a la prueba genética.

Esto era prácticamente imposible en el derecho civil hace algunas décadas, y en ese sentido emitió Planiol su opinión sobre las posibilidades que tenía una persona nacida fuera del matrimonio de establecer su identidad filiatoria, para integrarse al menos de nombre a una familia: "Cuando nace un hijo de las relaciones entre dos personas que no están casadas, su estado no lo vincula a una familia. Si su filiación no es establecida, será llamado hijo natural no reconocido y no tendrá más familia que la que constituya el mismo por matrimonio" (Planiol y Ripert, 1999: 219). Esta es la situación que se ha pretendido evitar tanto con los derechos a la identidad establecidos en los documentos internacionales, como el uso de la prueba pericial de ADN para demostrar la identidad biológica.

Actualmente, las dificultades residen en la forma de restringir la aplicación de la prueba a los casos en que realmente se amerita. Puesto que se trata de un asunto de jurisdicción local, pondremos un ejemplo concreto de los requisitos para investigar la paternidad: el Código Civil del Estado de México (libro cuarto: Del Derecho Familiar, título quinto: De la paternidad y filiación, capítulo tres: Del

reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio) señala como situaciones en las que puede permitirse la investigación de la paternidad las siguientes:

> Artículo 4.175. La investigación de la paternidad de los hijos está permitida:
>
> I. En los casos de rapto, estupro o violación;
>
> II. Cuando se encuentre en posesión de estado de hijo;
>
> III. Cuando haya sido concebido durante el tiempo en que la madre hizo vida marital con el presunto padre;
>
> IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

De los casos anteriores, el que interesa a la situación que hemos planteado es la contenida en la fracción cuarta, que habla de un principio de prueba, el cual no es idéntico a la prueba misma que se pretende obtener con la realización del examen; de ahí su dificultad para establecerlo:

> RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD. PARA QUE SE COLME LA EXIGENCIA LEGAL RELATIVA AL PRINCIPIO DE PRUEBA, CONTRA EL PRETENDIDO PADRE, BASTA CON QUE EN EL ESCRITO DE DEMANDA SE IMPUTE AL DEMANDADO UNA SITUACIÓN OBJETIVA SUSCEPTIBLE DE SER PROBADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). En los juicios sobre investigaciones de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 438, fracción IV, del Código Civil para la entidad prevé que para que prospere la acción, el hijo debe tener a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. El precepto legal sigue la doctrina francesa sobre el tema y conforme a ésta se afirma que la exigencia pretende limitar este tipo de juicios porque son proclives a producir chantajes; desestabilizar a la familia del demandado y ante la dificultad que

> existía de probar con absoluta certeza la paternidad, aun ante sentencias absolutorias, se generaba duda, e incluso exige un principio de prueba para su investigación. En ese contexto, al margen de lo anacrónico del dispositivo legal, dado que los adelantos científicos que apoyan la pericial genética permiten conocer con certeza la filiación existente, sin que se exija, a diferencia de otros códigos, la prueba documental para su instauración (que pudiera considerarse como documento fundatorio de la acción) es evidente que el principio de prueba puede constituirse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la legislación adjetiva civil [...] En ese contexto, *para que se colme la exigencia legal relativa al principio de prueba, bastará con que en el escrito de demanda se impute al demandado una situación objetiva, susceptible de ser probada, de la que se desprenda su paternidad*[4] (SCJN, 2008: 2409).

En suma, casi cualquier situación, con un buen argumento, puede constituir un principio de prueba en nuestro proceso civil.

## Conclusiones

Las nuevas tecnologías en materia de identificación han permitido que situaciones que antaño parecían imposibles hoy sean cosa de todos los días: despejar la identidad de una persona desaparecida, localizar menores sustraídos tempranamente del núcleo familiar, vincular a un criminal con un delito en particular. Pero también son tecnologías que pueden propiciar situaciones discriminatorias, en las que las personas dejen de tener acceso a un seguro médico, por ejemplo, en virtud de su predisposición a ciertas enfermedades o simplemente por su origen racial. La categorización implícita en la estructuración de cualquier base de datos puede etiquetar a las personas en atención a aspectos no medulares de su personalidad, sino relativos a condiciones que ni los explican ni los distinguen ni los describen como seres humanos individuales, éticamente respon-

[4] Las cursivas son nuestras.

sables por sus acciones y no por las que les son atribuidas a los grupos raciales a los cuales pertenecen.

La prueba genética de ADN roza los límites del respeto a la dignidad del hombre. La posibilidad de que pueda ser ordenada sólo la imputación (aunque sea razonable) genera el riesgo de que todos seamos potencialmente considerados como bancos de información al servicio del Estado y de los demás.

Sabemos la importancia de la protección y defensa de los derechos de los menores de edad y de la dificultad cuando se presentan dos derechos en conflicto para decidir cuál ha de prevalecer. Por un lado está el derecho a la intimidad de la persona que se niega a someterse a la práctica de una prueba de ADN, un derecho que le permite al individuo decidir por sí mismo cuándo y dentro de qué límites revela situaciones personales y que por supuesto se identifica con la protección de su dignidad, y por el otro lado está el derecho a la identidad de quien reclama el reconocimiento de un vínculo filial.

Pese a todas sus bondades en materia familiar, no deja de ser preocupante el peligro que implica el uso inadecuado de la tecnología, que seguramente en breve derivará, por ejemplo, en la creación de bases de datos. Si bien muchos están en contra de éstas, es preciso reconocer que, como cualquier otra herramienta, no son malas en sí mismas. Depende del uso que se les dé. Por ello es tan importante que desde el derecho se procuren los criterios deontológicos y axiológicos que permitan a los operadores jurídicos tomar las mejores decisiones respetando la integridad y la dignidad de las personas. Esta última también implica que estas se hagan responsables de sus acciones (en este caso, cooperar para establecer la identidad del menor y, en su caso, asumir los deberes y derechos que implica dicha filiación).

Finalmente, queremos resaltar la importancia que en la aplicación de las leyes tiene la argumentación, que ha dejado de ser un ejercicio mecánico de subsunción en el hacer cotidiano de los operadores jurídicos. Los conflictos entre derechos fundamentales necesariamente obligan al juzgador a realizar un ejercicio de ponderación para determinar cuál es el derecho que ha de prevalecer en cada caso concreto. Ello ha enriquecido la fundamentación y motivación de las decisiones

judiciales, en las que cada vez es más común encontrar que el juzgador apele a los valores perseguidos por un ordenamiento y el bien jurídico protegido. De ahí la importancia de que sea el respeto irrestricto a los derechos humanos la piedra de toque de las decisiones que son dictadas conforme a derecho y conforme a la justicia.

## Fuentes consultadas

### Bibliografía

Fustel de Coulanges, Numa Denys (2007), *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma,* México, Porrúa.

García-Ramírez, Sergio (2010), *Derechos humanos de los menores de edad. Perspectiva de la jurisdicción interamericana,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Mehmood, Taha (2008), "India's new ID card: Fuzzy logics, double meanings and ethnic ambiguities", en Colin J. Bennett y David Lyon, *Playing the identity card. Surveillance, security and identification in global perspective,* Routledge, Oxford, pp. 113-127.

Lemus-García, Raúl (1964), *Derecho romano* (*Personas-Bienes-Sucesiones*), México, Limsa.

ONU (Organización de las Naciones Unidas) (1959), *Declaración de los Derechos del Niño,* Nueva York, ONU.

_____ (1989), *Convención sobre los Derechos del Niño,* Nueva York, ONU.

Planiol, Marcel y Georges Ripert (1999), *Derecho civil,* México, Harla.

Prost, Antoine (1991), "Fronteras y espacios de lo privado", en Philippe Aries y George Duby (coords.), *Historia de la vida privada,* t. 5: De la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días, Madrid, Altea-Taurus-Alfaguara, pp. 17-133.

### Hemerografía

Lyon, David (2004), "Surveillance technologies. Trends and social implications", *the security economy,* París, Organization for Economic Cooperation and Development, pp. 124-145.

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2006), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. V, México, SCJN.

_____ (2007a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXV, México, SCJN.

_____ (2007b), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXVI, México, SCJN.

_____ (2008), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XXVII, México, SCJN.

## Mesografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/10/, agosto de 2014.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/256.htm?s=, agosto de 2014.

Código Civil del Estado de México, http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/16/620/default.htm?s=, agosto de 2014.