

IV. Filiación

CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS ACTUALES

Como filiación debe entenderse la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija. Sara Montero Duhalt explica que esta definición incluye los conceptos de maternidad y paternidad así como el de filiación en sentido estricto.⁶⁶

Por medio de esta institución el derecho de familia pretende regular el fenómeno de la procreación, tanto dentro como fuera del matrimonio, e incluso, en el caso de la adopción, se extiende a personas extrañas al crear entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija.

Hoy por hoy el esquema mediante el cual se perfila la filiación en el derecho mexicano tiene como base de sustento un principio constitucional: todo hombre y toda mujer tienen el derecho de decidir libre, informada y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos, consagrado en el artículo 4o. de nuestra Carta Magna, mismo que también apunta el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

Estos principios reflejan las actuales tendencias respecto de la procreación y de la atención de los hijos e hijas, de las necesidades de control de la natalidad y de la planeación familiar, así como de la toma de conciencia en el ejercicio responsable de la paternidad y maternidad, tendencias que se encuentran también en instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos.

El primer problema a resolver en esta corriente actual sigue siendo el señalado por Montesquieu en su *Espíritu de las leyes*:⁶⁷ encontrar al progenitor que se haga cargo del nuevo ser. Ésta es la razón jurídica que origina la institución que se está analizando.

A partir de estos principios se estructura el sistema mexicano de filiación que también tiene influencias de los sistemas jurídicos romano y canónico, en los cuales se enuncian otros principios básicos que son: maternidad es siempre cierta; el marido de la madre es el padre del hijo o hija y a cada uno sólo se le puede atribuir un padre y una madre. Estos principios supuestamente deben ser aplicables a toda relación de filiación. Sin embargo, dada la complejidad de la naturaleza humana,

⁶⁶ Sara Montero Duhalt, *op. cit.*

⁶⁷ Montesquieu, *op. cit.*

las variantes a la estructura que el derecho maneja como “ideal” son múltiples. Empezando por la más sencilla: la procreación no siempre se produce en los límites de un matrimonio, por ello el derecho mexicano ha tenido que clasificar en dos rubros iniciales las normas sobre filiación: las que se refieren a hijos habidos en matrimonio y las que se refieren a los hijos nacidos fuera de él.

La filiación de los hijos e hijas habidos en matrimonio se presupone y se demuestra con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio del padre y la madre (arts. 324 y 340), y la de los hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se establece en relación con la madre por el solo hecho del nacimiento, y respecto del padre, sólo por medio del reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad (art. 360). En este último caso existe la posibilidad de “legitimar” a los hijos e hijas con el matrimonio subsecuente de su padre y madre, con lo que se les considera como nacidos del matrimonio.

La lectura de los artículos relativos a la filiación, tal y como se encuentran en la actualidad, produce una gran duda sobre el sujeto a quien protegen. Aparentemente se debería atender al interés superior del niño o niña permitiéndole establecer en forma sencilla, el vínculo jurídico con su padre y su madre.⁶⁸ Sin embargo, no ocurre así debido a que la investigación de la paternidad requiere de procedimientos muy complejos, cuando no existe el matrimonio. En estas circunstancias, un hijo o hija sólo se le puede atribuir a un determinado varón si éste manifiesta su voluntad en cualquiera de las formas establecidas por la ley, o mediante una sentencia que declare su paternidad aun en contra de lo que diga.

Para obtener esta sentencia es necesario que se investigue la paternidad, la que sólo puede ser posible si ocurre alguno de los cuatro supuestos siguientes: en casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincide con la de la concepción, que exista la posesión de estado de hijo del presunto padre, que el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente o que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre.

En nuestro sistema la posesión de estado de hijo se demuestra con la forma y el trato; es decir, se deberá probar que el hijo o hija ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como si en efecto fuera su hijo o hija, y que éste haya proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

Este sistema taxativo, aunado a la circunstancia real de lo difícil que es encontrar una prueba plena que determine quién es el padre de quién, hacen prácticamente imposible obtener una sentencia declaratoria de paternidad.

Ello no demerita a la filiación como instituto importante tanto para las relaciones familiares como para la protección del hijo o hija, no sólo porque resuelve el problema de encontrar al padre y la madre que se responsabilicen del crecimiento y desarrollo del menor, sino porque hoy en día ha adquirido un sentido

⁶⁸ Así se establece en la *Convención Internacional de los Derechos de la Niñez* y es una de las acciones de la *Plataforma de Acción de Pekín*.

más amplio al pretender que atienda precisamente el interés de la niñez antes que cualquier otro.⁶⁹

Los derechos humanos de la niñez, como el derecho del nombre a reconocer sus orígenes y a la salud, entre otros, inciden en la adecuada orientación de la filiación. Por ejemplo, si el señalamiento del padre y madre atiende a factores de interés ajeno al menor, o se oculta la verdad biológica, estarán violando estos derechos aunque pretendan “proteger” a la infancia; en cambio, si se distingue de manera clara la verdad biológica al definir la relación de filiación, independientemente de los intereses sociales que pudieran conjugarse con ello, se estará en realidad respetando estos derechos.⁷⁰

No hay duda de que en nuestra legislación existen normas que manifiestan la preocupación por proteger los intereses superiores de la niñez. Ejemplo de ello es la declaración contenida en el artículo 389, en donde se establece que una vez reconocido por su padre y/o madre, el niño o niña en cuestión tiene derecho a llevar el apellido de la persona que lo reconozca como hijo o hija; a ser alimentado por ésta y a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Sin embargo, considero que los capítulos I a IV del Título Séptimo del Libro Primero del CC deberán ser revisados con mucho cuidado ahora que México ha suscrito la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez*.

LA FILIACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Por reproducción asistida deben entenderse todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un método distinto a la cópula. Utilizo este término para evitar las confusiones que produce el usar otras como fecundación o inseminación artificial, lo que yo misma he comprobado al usarlas en ocasiones anteriores.

En este concepto se incluyen otras dos que no se explicarán con detalle por razones de espacio y porque la naturaleza de este trabajo no lo requiere.⁷¹

Sin embargo, apuntaré, a riesgo de ser reiterativa, que estas técnicas han propiciado el desquiciamiento de la institución porque no sólo complican la investigación del vínculo filial sino que desmembran los conceptos de maternidad y paternidad.

Cómo y por qué ocurre esto son las preguntas que inmediatamente surgen. La respuesta es que la aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. El padre y la madre sociales, el padre y la

⁶⁹ Nuevamente se hace referencia a la *Convención Internacional de los Derechos de la Niñez*.

⁷⁰ Para discutir el tema del conflicto entre verdad y derecho la Asociación Henri Capitant realizó una reunión en Montreal y las ponencias están publicadas en la *Revue Générale de Droit*, vol. 18, No. 4, Montreal, 1987.

⁷¹ Para ampliar el tema *Vid* Alicia Elena Pérez Duarte y N., “La maternidad ¿es siempre cierta?”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXII, Núm. 65, México, mayo-agosto de 1989.

madre genéticos y la madre biológica. Los primeros son quienes desean la descendencia y recurren a estas técnicas por no poder engendrar mediante la cópula. Independientemente del método usado, éstos pueden ser diferentes, los hijos recibirán el nombre del padre y madre genéticos, pues son los que dotan de la carga genética al nuevo ser. También puede darse el caso que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin haber aportado al óvulo para la fecundación, en este caso la mujer sólo se limita a permitir que un nuevo ser se desarrolle por lo que se le nombra madre biológica, es el caso de lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada.

Las discusiones éticas en torno a este problema son largas y apasionadas.⁷² Circunscribiendo la discusión exclusivamente a la institución que se está analizando, las posturas ubican por un lado a quienes alegan que no es necesario reformarla porque las reglas para determinar la paternidad o maternidad son muy claras, por otro, a quienes plantean que se debe prohibir estas prácticas pues atentan contra la dignidad humana y en otro a quienes consideramos que se debe revisar a conciencia el instituto porque ya es obsoleto y, por lo tanto, insuficiente para responder a los problemas que surgen hoy en día.

En el inciso anterior se señaló la incidencia que tiene la filiación en los derechos fundamentales de la niñez, como el derecho a conocer sus orígenes y el derecho a la salud. Con respecto a este punto conviene destacar lo importante de hacer esta revisión porque se está ante hechos que se pueden controlar para proteger los intereses de la infancia. Un ejemplo de ello es que al guardar en el anonimato el nombre de las personas que donan los gametos para la fecundación, argumentando que con ello se evitan problemas tanto al donante como a la pareja receptora, también se esconden los orígenes del niño o niña que nace mediante estas técnicas.

Con esto se agrava el problema de la claridad en la filiación, pues al problema de identificar al padre desconocido, se suma el de buscar a la madre si el gameto donado fue el femenino. La investigación de la paternidad y la búsqueda de la madre en el caso de infantes abandonados es un problema que ya existe, y también atenta contra los derechos de niños y niñas, pero tratándose de la procreación asistida se puede controlar exigiendo que se elabore un expediente médico de todo el proceso, el cual se conservará para asegurar a la infancia el acceso a la información que puede ser vital para la atención de su salud.

Además, debería reglamentarse sobre la utilización de los diferentes métodos de procreación asistida haciendo especial referencia a la información y cuidados que debe darse a la mujer que recurre a estas técnicas; sobre la conservación de gametos, tanto masculinos como femeninos, y de los embriones; sobre la investigación y experimentación genética; sobre los centros en donde se realicen estas prácticas, sobre los cuales en otros países ya se ha legislado, o se está, en estos momentos, trabajando, como es el caso de España y Suecia. En México, desafor-

⁷² Véase la disertación de Manuel Chávez Asencio, en *La familia en el derecho mexicano. Relaciones paterno-filiales*, op. cit.

tunadamente, aun existe una corriente mayoritaria que se resiste a trabajar el tema y a legislar.

ADOPCIÓN

Ya se había planteado que por medio de la adopción se crea un vínculo de filiación entre dos personas extrañas. Algunos autores justifican su existencia diciendo que es un instituto creado para imitar a la naturaleza.⁷³ Sin embargo, coincido con quienes defienden su existencia y trascendencia en función de los beneficios que significan para la persona adoptada.⁷⁴ Es un instituto con profundo sentido ético y si bien es cierto que sus fines no han sido siempre los mismos, ha evolucionado para sustituir los intereses de la persona que adopta por los de la que es adoptada.

Hoy por hoy es un acto jurídico mediante el cual una persona mayor de 25 años y una declaración unilateral de voluntad sancionada por un juez de lo familiar, establece una relación de filiación con una persona menor o incapacitada. Nuestra legislación adoptó el sistema creado en el código civil francés, el cual plantea que este vínculo existe sólo entre el adoptante y el adoptado, de tal suerte que este último sigue ligado a su familia de origen, excepto en lo que se refiere a su custodia y al ejercicio de la patria potestad que pasan al adoptante.⁷⁵

Para la realización de este acto jurídico el legislador exige que la persona que desea adoptar acredite tres situaciones: que tiene medios suficientes para proveer a la subsistencia y educación de la persona adoptada; que la adopción será benéfica para quien se trata de adoptar y que la persona adoptante es de buenas costumbres.

A pesar del desarrollo que esta institución ha tenido desde que se redactó nuestro código hasta el presente —entre las que destacan la disminución de la edad como requisito para el adoptante, y la apertura del instituto a todo hombre y toda mujer hubiere o no tenido descendencia— sigue siendo una institución con efectos restringidos y, por lo tanto, de alcances limitados en cuanto a los fines que se le atribuyen. Analicemos el porqué: existen dos formas de adopción, la simple y la plena —también denominada legitimación adoptiva—. Esta última tiene como efecto incorporar al adoptado a la familia del adoptante, estableciendo vínculos de parentesco entre aquél y la familia de éste, a la vez que extingue el vínculo de parentesco con la familia de origen, de tal suerte que proporciona efectivamente al menor o incapacitado la oportunidad de incorporarse a una familia con plenos derechos y obligaciones, como si fuera hijo o hija del adoptante.

⁷³ Entre ellos están los argentinos Jorge Eduardo Coll y Luis Alberto Estivill. En México tenemos a Antonio de Ibarrola y a Ignacio Galindo Garfias.

⁷⁴ Ejemplo de seguidores de esta corriente es Sara Montero Duhalt.

⁷⁵ Es importante aclarar que en la república existen algunos estados que ya reconocen la adopción plena, es el caso de Guerrero, Quintana Roo, Hidalgo, Zacatecas, Tlaxcala y Morelos. Por otra parte, en México se han signado varios convenios internacionales que nos obligan a aceptar la legitimación adoptiva o plena, sin embargo, en el Distrito Federal todavía no se ha avanzado en ese punto.

En nuestro derecho son necesarias dos acciones para fortalecer este instituto: la incorporación del sistema de la adopción plena, y la simplificación de los procedimientos tanto administrativos como judiciales para la adopción.

Por otro lado, es conveniente que el legislador tome en cuenta los trabajos que se están realizando ya en estos momentos a nivel internacional, para controlar la adopción internacional y evitar el tráfico de infantes que se hace con este pretexto.