

LA FILIACIÓN (1804-2004)

José BARROSO FIGUEROA

INTRODUCCIÓN

El Código Napoleón, epítome de la legislación de su tiempo, aquél a quien Bonaparte ya emperador quiso unir su nombre y para cuya elaboración se concitaron los más ilustres juristas franceses de su tiempo;¹ el mismo que hizo concebir al ilustre Corzo la legendaria reflexión “mi verdadera alegría no es haber ganado cuarenta batallas, Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente es mi Código Civil”,² ese ordenamiento cumple este año doscientos de su promulgación.

Es bien sabido que el Código Napoleón, a su aparición, deslumbró a sus contemporáneos, muchos de quienes lo vieron como el punto final de la legislación civil y aun de esta rama del Derecho; ya decía Bugnet “...ignoro el derecho civil; sólo conozco el Código Napoleón”.³

El originariamente Código Civil de los franceses, al decir de Duguit,⁴ fue contemplado en su momento tanto por los juristas galos como por los de otras latitudes, como un sistema de Derecho definitivo, que se imponía con el rigor y la evidencia de un sistema de geometría, por lo cual el Derecho de los pueblos civilizados no podía ser otra cosa que el desenvolvimiento normal y racional de los prin-

¹ El proyecto se debió a Tronchet, Bigot de Premeneu, Portalis y Maleville y se le discutió con la participación activa de Napoleón que presidía las sesiones del Consejo de Estado.

² MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959, p. 74.

³ Cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S. A. México. 1951, p. 324.

⁴ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del Derecho Privado desde el Código Napoleón*. Librería Española y Extranjera. Madrid. Edición sin fecha, p. 21.

cipios permanentes e inmutables contenidos en ese cuerpo legal. Vana prospección, pues como también asevera el reputado profesor de la Facultad de Derecho de Burdeos, “apenas la construcción ha terminado, las grietas han aparecido”.⁵

Y es que nada es para siempre, pues como suele afirmarse, lo único eterno, paradójicamente, es la dinámica del cambio constante.

Cuando el mismo Duguit, en los meses de agosto y septiembre de 1911, pronunció en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, aquellas seis históricas conferencias que conformaron el ciclo intitulado “Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón” (publicado un año después en Francia), si bien abordó una amplia gama de temas de índole obligacional y contractual, no se ocupó en absoluto de la materia familiar y menos aún, específicamente, de lo concerniente a la filiación.

La razón es muy sencilla. Para ese momento se vivía una etapa de transición del Derecho Civil, por la colisión de dos tendencias ideológicas bien definidas, el individualismo y el socialismo, que contendían por imponerse dentro del Derecho Privado. Concepciones innovadoras como las nociones de función social y solidaridad social, las restricciones a la libertad individual y particularmente a la autonomía de la voluntad o bien el reconocimiento de una responsabilidad “objetiva”, avanzaban inconteniblemente en la Doctrina y empezaban a permeare en numerosas legislaciones.

En cuanto a la materia familiar, ésta permanecía poco menos que inerte bajo el peso de la tradición romana de los primeros tiempos, restaurada y radicalizada por la Doctrina Canónica, cuya influencia se hacía patente en muchos de los códigos civiles de la época, entre ellos los mexicanos decimonónicos de 1870 y 1884, de evidente corte conservador y antifeminista.

La filiación, no constituía una excepción respecto de las demás instituciones familiares, por lo que durante el siglo XIX había permanecido sujeta a los rigurosos y discriminatorios criterios canónicos, que procuraron a los hijos extramatrimoniales inequitativo trato y graves daños, con apego a una moral mojigata que castigaba en ellos la indebida conducta de sus padres (eran los hijos “ilegítimos”, aunque debiéramos recordar la ácida expresión de De Azcárate: “los ilegítimos no son los hijos, son los padres”).

En el amanecer del siglo XX, precisamente en la época de las disertaciones duguitanas, ya se había gestado y empezaba a despuntar por el mundo, sobre todo en las legislaciones de tradición germánica,

⁵ DUGUIT, Léon. *Op. cit.*, p. 22.

una refrescante tendencia a igualar a todos los hijos, soslayando su origen. Duguit no fue suficientemente sensible a este fenómeno, contrario a muchos de los juristas que le fueron contemporáneos, cuyo pensamiento, incluso, trascendió a las legislaciones de numerosos países, entre ellos el nuestro, como se hace patente en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Pero faltaba todavía un factor que hacia fines del pasado siglo vino a revolucionar radicalmente, con la fuerza de un sacudimiento telúrico, todo cuanto concierne a la filiación. No nos referimos a teorías de carácter jurídico o a profundas innovaciones legislativas, sino a un fenómeno aparentemente ajeno al Derecho: el avance de la Genética, particularmente en lo concerniente al conocimiento y manipulación de los mecanismos de la herencia biológica y la reproducción humana.

No puedo omitir la evocación de la celeberrima obra de Aldous Huxley, escrita en 1931, *Un Mundo Feliz*, en la cual el autor describía un mundo supremamente ordenado, que habitaba “una sociedad completamente organizada, el sistema científico de castas, la abolición del libre albedrío por el acondicionamiento metódico, la servidumbre hecha aceptable por dosis regulares de bienestar químicamente inducidos y las ortodoxias incluidas en cursos nocturnos de enseñanza durante el sueño”⁶ El mundo que Huxley describía, estaba ubicado allá en el distante futuro de algún día; era amenazador y tal vez posible, pero demasiado lejano para causar inquietud ahora. Empero, en 1958, cuando el autor escribió *Nueva Visita a un Mundo Feliz*, formuló esta sobrecogedora reflexión: “La pesadilla de la organización total, que yo situaba en el siglo VII después de Ford, ha surgido del inocuo y remoto futuro y nos está esperando ahí mismo, a la vuelta de la esquina”.⁷

Páginas más adelante, Huxley concluía: “Por el momento fijemos nuestra atención en estas fuerzas impersonales que están haciendo al mundo tan extremadamente inseguro para la democracia, tan verdaderamente inhóspito para la libertad individual. ¿Qué son esas fuerzas?. Y, ¿por qué la pesadilla presentada en el siglo VII d. F. (después de Ford) ha avanzado tan rápidamente en nuestra dirección?. La contestación a estas preguntas debe comenzar donde tiene sus comienzos la vida de hasta la más civilizada de las sociedades: en el campo de la biología”.⁸

⁶ HUXLEY, Aldous. *Nueva visita a un Mundo Feliz*. Origen Planeta. México. 1985, p. 11.

⁷ HUXLEY, Aldous. *Op. cit.*, p. 12.

⁸ HUXLEY, Aldous. *Op. cit.*, p. 16.

Y eso que Huxley no había contemplado los avances de la Genética que en ese tiempo (1958) apenas iniciaban. No sabía, por ejemplo, de la clonación de un mamífero superior.

La filiación en el Código Napoleón

El Código de Napoleón no contiene un precepto que efectúe una clasificación de los hijos, lo cual no es extraordinario pues las legislaciones no suelen proceder a ello. Sin embargo, de su articulado se pueden deducir las siguientes categorías de hijos:

- I. Hijos legítimos o nacidos durante el matrimonio (Cap. I. Tit. VII. Lib. Prim.).
- II. Hijos “naturales” (Cap. III, Tit. VII. Lib. Prim.).
- III. Hijos adoptivos (Cap. I, Tit. VIII. Lib. Prim.).⁹

A la clasificación anterior podrían agregarse otras dos categorías de hijos, la de los hijos legítimados y la de los hijos reconocidos; también se podría añadir la de los hijos que han logrado establecer su filiación mediante la indagación de paternidad o maternidad, con la aclaración de que si bien la investigación de la segunda es libre, la de la primera está, en principio, prohibida, aunque el Código deja un pequeño resquicio para que se proceda a ella en los casos de raptó.

¿Por qué, entonces, no hemos añadido a nuestra enumeración las categorías de hijos últimamente citadas? Sencillamente porque dentro del Código de Napoleón son abordadas como especies de la categoría de los hijos que llama naturales. La Sección I del Título relativo a los hijos naturales se intitula “De la legitimación de los hijos naturales”, lo cual, obviamente supone la existencia de hijos legítimados; la Sección II del mismo Título se denomina “Del recogimiento de los hijos del naturales”, lo que no es tan explícito como en el caso anterior y por tanto habrá que deducir que se está refiriendo a los hijos reconocidos y a aquellos cuya filiación resulta de una sentencia pronunciada en un juicio indagatorio de la paternidad o de la maternidad.

De manera sucinta, ahora nos ocuparemos de la regulación que formula el Código Napoleón, respecto de cada una de las categorías de hijos antes mencionadas.

⁹ Cfr. *Código Napoleón*, con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807. Imprenta de la hija de Ibarra. Madrid. MDCCCIX, pp. 59 y 60.

I. HIJOS LEGÍTIMOS O NACIDOS DURANTE EL MATRIMONIO

En cuanto a la filiación matrimonial, en la época en que se expidió el Código Napoleón continuaban imperando las antiguas presunciones provenientes del Derecho Romano. Para el establecimiento de la paternidad y la maternidad, se concedía autoridad axiomática, respectivamente, a los aforismos *Mater semper certa est* (la madre siempre es cierta, es decir, conocida) y *Pater es quem nuptiae demonstrant*¹⁰ (literalmente, padre es aquel a quien las nupcias muestran, o más libremente, el padre es el marido de la madre).

Cabe agregar que tales presunciones están avaladas por la experiencia y encuentran amplia justificación en la lógica y el orden natural de las cosas; son pues dignas de encomio y fueron idóneas para su aplicación en un tiempo en que casi era nulo el conocimiento biológico sobre la materia.

En efecto, la certeza de la maternidad era obvia. Para convencernos de que una cierta madre lo es de un cierto hijo, están los hechos sensorialmente perceptibles, evidentes; primero, de la cesación del periodo menstrual; después, de la dilatación ventral por la gestación y, finalmente, del alumbramiento del producto: ¿cómo dudar que esa mujer es la madre del recién nacido?.

Es claro que no existe para el hombre, un hecho simétricamente demostrativo al de la mujer para convencerlo de que ha procreado. La certidumbre de su paternidad reposa en presunciones que concatenadas lógicamente conducen a esa conclusión.

El presupuesto para esa imputación de paternidad, es el que trata de un hijo nacido de unión matrimonial. En cuanto a los hijos habidos fuera de matrimonio, su filiación es incierta; para establecerla se requerirá, o bien el reconocimiento voluntario del progenitor, o bien que ese reconocimiento le sea impuesto por una sentencia ejecutoriada que se pronuncie en un juicio de investigación de la paternidad (aunque hay que recordar que las legislaciones modernas suelen ofrecer facilidades al respecto, incluyendo presunciones análogas a las del hijo matrimonial en favor del nacido de concubinato).

¹⁰ GUTIÉRREZ-ALVIZ y ARMARIO, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. Segunda Edición. Reus, S.A. 1976: "Presunción jurídica de paternidad, esto es, de que los hijos habidos durante el matrimonio son del marido, siempre que nazcan dentro de los ciento ochenta y dos días después de la celebración y antes de trescientos de su disolución. Como *presuntio iuris*, admite pruebas en contrario (D.2.4.5)", p. 519.

Retornando al tema de la imputación de paternidad tratándose del hijo matrimonial, el encadenamiento lógico de los elementos que proporcionan la realidad y la ley, nos muestra al marido de la madre como el engendrador. Esto es así, por que la mujer casada tiene el deber de relacionarse sexualmente con el marido; pero no sólo ese, sino también el de que esa relación sea exclusiva, de modo que si resulta embarazada, lo natural es asumir que el autor de ese embarazo es el cónyuge.

El Código Napoleón incorpora la presunción antedicha en el artículo 312, párrafo primero:

“312. El hijo concebido durante el matrimonio, tiene por padre al marido”.

Se trata de una *presumptio juris tantum*, porque, aunque limitadamente, admite prueba en contrario:

“312...Sin embargo éste podrá desconocer al hijo, si prueba que en el tiempo intermedio desde el trecentésimo hasta el centésimo octuagésimo día antes del nacimiento del tal hijo, estaba imposibilitado físicamente, bien por causa de ausencia, bien por efecto de algún otro accidente, de cohabitar con su *muger (sic)*”.

Puede apreciarse que el Código Napoleón es directo. No dice que el concebido durante el matrimonio tenga por progenitores a ambos cónyuges; la referencia es inmediata al marido,teniéndolo como padre del hijo, aunque le permite el desconocimiento de éste en condiciones rigurosas, que puedan ser la lejanía o la imposibilidad física del ayuntamiento carnal (son dos supuestos en los que el nacido, *jure et facto*, no puede ser hijo del marido).

No se puede negar que el legislador, no obstante el espíritu de severidad que prevalecía en aquel tiempo con relación a los hijos sospechosos de “ilegitimidad”, muestra una cierta misericordia hacia ellos, imponiendo al presunto padre notorias restricciones para que proceda al desconocimiento. Así, por ejemplo, no puede invocar para ese efecto su impotencia natural o el adulterio de su cónyuge, salvo que, en este postrer caso, se le hubiere ocultado el nacimiento. Por otra parte, se incluyen algunos supuestos en los cuales le está vedado desconocer al hijo nacido en tiempo hábil (arts. 313 y 314).

También, conviene subrayar que, indefectiblemente, al desconocimiento se debía proceder mediante juicio, teniendo como contraparte al tutor especial que se nombrara al menor para el caso y con la concurrencia de la madre; además, el término para ejecutar la

acción relativa es notablemente abreviado, apenas de uno o dos meses, según el supuesto de que se trate.

En cuanto a la maternidad, el Código de Napoleón no se ocupa mayormente de ella. ¿Para qué? Es algo tan notorio que se impone por sí misma.

Finalmente, rememoremos que, contrastadamente a lo que se dispone para la prueba que funde el desconocimiento, las facilidades que se otorgan al hijo “legítimo” para probar su estado, son generosas. Desde luego, las actas del Registro del Estado Civil; a falta de éstas, la posesión de estado (caracterizado sobre el esquema romano: *nomen, tractus y fama*), y en defecto de ambas probanzas, se admiten testimoniales siempre que exista un principio de prueba por escrito o bien presunciones derivadas de hechos “graves”, que determinen su admisión; la determinación de esa *gravedad* es, desde luego, subjetiva y por tanto muy relativa (arts. 319, 320, 321 y 323).

II. HIJOS NATURALES

Aunque el apartado referente a los hijos extramatrimoniales se intitula simplemente “Capítulo III. De los hijos naturales”, lamentablemente encontramos en él como subclasificaciones, las de los hijos adulterinos (o sea los habidos con persona distinta del cónyuge) y los hijos incestuosos (procreados entre ascendiente y descendiente o bien, los habidos entre hermanos o con los medios hermanos), aunque mencionados marginalmente para excluirlos de su posible legitimación o reconocimiento (arts. 331 y 335). Afortunadamente el Código prescinde de otras abominables subclasificaciones de los hijos no matrimoniales, que previamente se estilaban, como eran las referentes a hijos mánceres¹¹ (nacidos de prostitutas) o sacrílegos¹² (tenidos por persona unida al Estado religioso), lo cual es por sí mismo un avance.

Los hijos naturales pueden ser legitimados mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, salvo los adulterinos o incestuosos, siempre que cuenten con el reconocimiento de éstos. El legitimado adquiere la calidad de hijo matrimonial, con los derechos inherentes a ella (arts. 331 y 333).

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial puede practicarse en el acta de nacimiento o bien en un acta posterior (“una acta

¹¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para juristas*. Mayo ediciones. México. 1981, p. 667.

¹² Esta categoría de hijos es mencionada por ARIAS, José. *Derecho de Familia*. Editorial Guillermo Kraff Limitada. Buenos Aires. Argentina. 1952, p. 312.

auténtica” dice literalmente el Código) y no hace adquirir al reconocido los derechos de hijo legítimo; sus derechos “quedarán arreglados en el título *De las herencias*” (arts. 334 y 338). Esto último se traduce para el descendiente habido fuera del matrimonio en un tratamiento discriminatorio, que reduce gravemente sus percepciones hereditarias, pues alcanza apenas un tercio de la porción que toca a un hijo matrimonial, “tiénelo a una mitad cuando el padre o la madre no dejan descendientes, pero sí ascendientes, hermanos o hermanas: y tiénelo a tres cuartas partes cuando el padre o la madre no dejan ni descendientes ni ascendientes, ni hermanos ni hermanas” (art. 757, párrafo segundo); tiene derecho a la totalidad de los bienes si el padre y la madre “no dejan parientes en grado hábil para heredar” (art. 758).

El artículo 340, inicia con esta categórica declaración: “Se prohíbe la indagación de la paternidad”. El párrafo segundo nos muestra que la prohibición no es absoluta, pues permite la investigación en el caso de raptó, cuando la época en que ocurre éste coincide presumiblemente con el de la concepción del presunto hijo.

A diferencia de lo anteriormente previsto, la investigación de la maternidad se autoriza sin restricciones, aunque se prevén algunas reglas específicas para su procedencia y prueba, que deben ser observadas (arts. 341 y 342).

III. HIJOS ADOPTIVOS

Recordemos brevemente que la adopción es una institución muy antigua, nacida originalmente con el propósito de beneficiar al adoptante y no, como ahora, al adoptado. El “derecho de adopción entre los antiguos fue constituido por el deber de perpetuar el culto doméstico”.¹³ Quien moría sin descendencia, quedaba sujeto a la gravísima consecuencia de que nadie le rindiera el culto fúnebre, lo cual le traería como consecuencia la infelicidad en la otra vida. Muy demostrativo de este modo de pensar, es lo que se expresa en el famoso caso de Menecles, cuyo interés se alega para que se respete la adopción que en vida había hecho, no obstante que para el momento del alegato era un fallecido.¹⁴ Y es que el culto únicamente se

¹³ FUSTEL DE COULANGES, Numa Dionisio. *La Ciudad Antigua*. Obras Maestras. Editorial Iberia, S.A. Barcelona, España. 1967, p. 67.

¹⁴ En el caso aludido, se disputa al hijo adoptivo la legitimidad de su adopción, por lo que su defensor, un orador ateniense, recuerda al Tribunal el porqué de su adopción “Menecles —dijo— no quiso morir sin hijos; deseaba dejar tras de sí a alguien

podía rendir por los miembros de la familia; por ello era preciso que el adoptado abandonara su nativo culto doméstico e, *insacra transiit*, se acercara a los Penates de su nueva familia.

En el Derecho Medieval la adopción prácticamente había caído en desuso. Permanecía de alguna manera en el Derecho Germánico que la llevó a España, por ello la encontramos en el Fuero Real y en las Siete Partidas (aunque no en el Fuero Juzgo): “*Adoptio en latín —dicen éstas— tanto quier dezir, como porfijamiento... por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer, non lo sean naturalmente*”.¹⁵ Pero, reiteramos, la adopción, realizada formalmente, no se practicaba.

La introducción de la adopción en el Código de Napoleón, es una aportación de un Bonaparte previsor y afligido ante la contingencia de no procrear descendencia.

Lo cierto es que, refiriéndonos concretamente a Francia, la adopción “había desaparecido desde hacía mucho tiempo en las provincias consuetudinarias, y en el sur estaba casi totalmente olvidada”.¹⁶ Por eso Planiol y Ripert aludiendo a la restauración coyuntural de la adopción por el Derecho revolucionario, anotan que este fenómeno “fue una especie de resurrección”.¹⁷ Se trató en realidad de la aparición de la adopción pública, “*la adopción por la Nación*”; así es como la Convención declaró que adoptaba a la hija de Lepelletier de Saint-Fargean¹⁸; no era pues la adopción de Derecho Privado que nos es familiar.¹⁹

La Comisión Redactora del Código Civil no incluyó a la adopción en el Proyecto del año VIII. Coinciden los autores en que la incorporación fue instigada por el entonces Primer Cónsul y como conse-

para que lo enterrase y tributase después las ceremonias del culto fúnebre”. Hablando por su patrocinado, después de referir lo que ocurrirá al difunto Meneclès si la adopción queda sin efecto, concluye: “Si anulais mi adopción, hareis que Meneclès haya muerto sin dejar hijos tras de sí y, en consecuencia, nadie celebrará los sacrificios en su honor, nadie le ofrecerá las comidas fúnebres, y, en fin, quedará sin culto”. Confrontar: Numa Dionisio Fustel de Coulanges. *Loc. cit.*

¹⁵ Cfr. ARIAS, José. *Op. cit.*, p. 344.

¹⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Segunda Edición. Tomo II. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, D.F. 1991, p. 220.

¹⁷ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Loc. cit.*

¹⁸ JOSSELAND, Louis, *Derecho Civil*. Tomo I, Vol. 2. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch y Cía. Buenos Aires, p. 420.

¹⁹ La reintroducción de la adopción al Derecho Francés parte de una decisión de la Asamblea Legislativa, “que ordenó al Comité de Legislación” que la incluyera en su plan general de leyes civiles (18 de enero de 1792). Cfr. Marcel Planiol y Georges Ripert. *Loc. cit.*

cuencia de ello la sección de legislación del Consejo de Estado obtuvo la incorporación.²⁰

Legendariamente se afirma que el Gran Corso proyectaba fundar una dinastía que detentaría el poder por mil años (tal y como Hitler soñó en la primera mitad del siglo pasado), un gobierno nacional-socialista milenario, lo cual en su momento no parecía descabellado; los Capetos (dinastía real francesa, iniciada con Hugo Capeto —987 E.v.— y prolongada en su rama de los Borbones hasta 1848), para tiempos napoleónicos habían permeado durante ocho siglos en el trono.

Pero a este sueño dinástico se oponía la circunstancia de que Bonaparte parecía incapaz de engendrar. Él, tan eficaz en el campo de batalla, permanecía inédito en este rubro. Esta ausencia de prole parecía serle imputable del todo, pues su esposa Josefina Beauharnais (nacida de familia noble en este lado del Atlántico, en Martinica) había probado su fecundidad: de su primer matrimonio con Alexandre alumbró una “parejita” (niño y niña), en cambio ahora nada. Al parecer, esta situación lo colocó en la tesitura de buscar una alternativa, que encontró precisamente en la adopción.

Pero fue una especie de adopción tan reticente y que escatimaba tanto, que Josserand no vacila en calificarla de “mezquina” y “draconiana”;²¹ es decir, estuvo muy distante de lo que el Primer Cónsul había proyectado para ella, según las *Memorias* de Thibaudeau: “El hijo adoptivo debe ser como el de la carne y los huesos”.²²

La adopción del Código Civil de 1804 sólo podía llevarse a cabo entre mayores de edad. El adoptante, debía ser mayor de cincuenta años (art. 343) y en cuanto al adoptado, bastaba con que hubiera alcanzado la mayoría (art. 346). Esto ocurría así, porque desde el punto de vista de su naturaleza jurídica la adopción era un contrato, aunque ciertamente el Código (Tit. VIII, Lib. I, Sec. II “De las formas de la adopción”) instauraba un detallado procedimiento para su trámite, que concluía por sentencia (art. 353 y sigs.); además, la adopción, al decir de los hermanos Mazeaud, más que el propósito de crear un lazo paterno-filial, tenía el de ser un “medio para transmitir el apellido y la fortuna”.²³ Esta postrer opinión nos parece un tanto exagerada, si valoramos que la facultad de adoptar se podía ejercer, salvo una única excepción a la que en seguida nos referiremos, exclu-

²⁰ Cfr. Entre otros, Louis Josserand (*op. cit.*, p. 420), Henri, Léon y Jean Mazeaud (*Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, p. 549.) y Marcel Planiol y Georges Ripert (*op. cit.*, p. 221).

²¹ Cfr. Louis Josserand. *Op. cit.*, P. 420.

²² Citado por Henri, Léon y Jean Mazeaud. *Op. cit.*, P. 549.

²³ Henri, Léon y Jean Mazeaud. *Loc. cit.*

sivamente, tratándose de una persona a quien en su menor edad, y al menos por seis años, se le hubiere socorrido y cuidado sin interrupción (art. 345); es decir, que había ya un prohijamiento *de facto* el cual se podría regularizar jurídicamente. La excepción aludida permite también la adopción de alguien que hubiese salvado la vida al después adoptante, en un combate, incendio o cuando se ahogaba (art. 345, *in fine*).²⁴

La adopción daba al adoptado el apellido del adoptante (art. 347), pero el primero permanecía en su familia original manteniendo en ella todos sus derechos (art. 348). Asimismo, el adoptado adquiriría para efectos hereditarios, “los mismos derechos que los que tuviera el hijo nacido de legítimo matrimonio”; sin embargo, ninguno cobraba respecto de los parientes del adoptado (art. 349).

Este fue el tipo de adopción que trascendió a otras legislaciones contemporáneas del Código Napoleón, entre ellas, la primera de Iberoamérica, esto es, la del estado de Oaxaca (art. 199 al 219).²⁵

A manera de corolario, podríamos sintetizar: El Código de Napoleón procedió a una regulación de la filiación sobre cuyo esquema se elevó la de, prácticamente, todas las legislaciones del siglo XIX. Las virtudes y defectos que la caracterizaron, son los mismos que podemos apreciar en sus seguidoras.

La filiación a principios del siglo XX

Para hace un siglo, el Derecho Familiar había hecho notables avances, incluso en el tema de la filiación, pero aún estaban por venir las grandes innovaciones que en esta última materia traería consigo la incidencia de la genética.

A diferencia de las legislaciones decimonónicas, las de principios del siglo XX habían atemperado el rigor en el trato a los hijos extramatrimoniales e incluso se promovía su trato igualitario con los nacidos de cónyuges. Esa simetría se acentuaba tratándose de prole surgida de unión concubinaria. Las antiguas e hirientes clasificaciones de los hijos, que constituían un baldón por sí mismas, quedaron totalmente relegadas, como curiosidades históricas; el espíritu era otro.

Esta saludable tendencia empezó a hacerse presente en la legislación. Bajo la influencia de lo que se postuló como el “*principio de la*

²⁴ Actualmente, incluso, según nuestra opinión, convendría adicionar nuestra legislación, que hasta ahora sólo permite la adopción de menores o mayores incapacitados, permitiendo que sean adoptados mayores de edad que hubieren sido prohijados cuando era menores.

²⁵ Vide: *Código Civil para Gobierno del Estado Libre de Oaxaca*. Oaxaca. Imprenta de Gobierno. 1828 (Decreto número 29).

verdad biológica", los códigos civiles alemán de 1900 y suizo de 1912, igualaron a los hijos, simplemente porque observados según sus características genéticas hereditarias, todos lo eran en la misma medida, no unos más y otros menos.

Progresivamente la legislación de los países civilizados fue avanzando por el rumbo de la equiparación. Es verdad que los ordenamientos legales de repente se referían a hijos adulterinos o incestuosos, pero nunca con el propósito de ubicarlos en un nivel inferior al de los demás hijos, sino para asegurarse de que esa peculiar condición de que adolecían, no les privaría de los derechos que tenían en su calidad de descendientes.

Como implicaría un estudio excesivamente prolijo revisar las diferentes legislaciones que tuvieron aplicación en los estados del país, concretémonos resumidamente a las que tuvieron vigencia en el Distrito Federal.

La Ley Sobre Relaciones Familiares (LSRF) de 1917, es una buena muestra de este tipo de legislaciones neoseculares a que nos venimos refiriendo, en las que el propósito manifiesto del legislador de salvar a los hijos, choca con una tradición adversa y fuertemente arraigada en las conciencias, que finalmente se resuelve en un articulado avaro en concesiones.

La exposición de motivos de la LSRF despierta amplias expectativas de avance (que después se desvirtúan) cuando comienza por declarar, en cuanto a la filiación, que se ha considerado conveniente suprimir la clasificación de hijos *espurios*, para luego razonar que no es justo que la sociedad los estigmatice a consecuencia de faltas que no les son imputables, aplicándoles "designaciones infamantes". Agrega más adelante que la Ley ha facilitado el reconocimiento de los hijos y "aumentado los casos especiales en que puede promoverse la investigación de la paternidad o maternidad, aunque restringiendo los derechos de los hijos naturales a la sola facultad de llevar el apellido de su progenitor, a fin de darles una posición definida en la sociedad, evitando a la vez fomentar las uniones ilícitas, los abusos que la concesión de otros derechos pudieran originar". ¡Qué deslucido se ve el autor de la ley! Ya en el articulado de la Ley, advertimos que la regulación de la filiación inicia bajo el rubro "De la paternidad y filiación de los hijos *legítimos*" (Capítulo VIII) y dos capítulos después se ocupa "De la legitimación" (Capítulo X), denominaciones capitulares que implican, por exclusión, la existencia de hijos ilegítimos, que de esta manera recibirán una designación afrentosa. El legislador debió percatarse de la generación de este agravio, por lo que no clasificó a los hijos extramatrimoniales como ilegítimos, sino los tildó de

naturales, término plurivalente, poco esclarecedor y que atrae la reflexión de que, en realidad, todos los hijos son naturales, en tanto que ninguno es artificial.

En cuanto a que la LSRF facilita el reconocimiento de los hijos, tal aseveración contenida en la exposición de motivos es controvertible. Los cinco modos como puede efectuarse el reconocimiento (art. 193) son exactamente los mismos cinco que aparecen en el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884 (art. 340); otros aspectos se mantuvieron prácticamente iguales.

Respecto a la afirmación, también contenida en la exposición de motivos de la LSRF, de que se aumentaron los casos especiales en los que se puede promover la investigación de la paternidad, tropieza con la regla general contenida en el artículo 187 de la propia Ley, según el cual “Queda *absolutamente prohibida* la investigación de la paternidad y maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La *prohibición es absoluta*, tanto a favor como en contra del hijo, salvo las excepciones establecidas en los artículos 197 y 211”.

La excepción contenida en el artículo 211 (casos de rapto o violación, cuando la época de la comisión del delito coincida con la de la concepción) ya aparecía en el 358 del Código Civil de 1884. En realidad el único agregado que hubo fue el del artículo 197, referente a la permisión que se otorga al hijo, para que investigue quién es su padre o su madre cuando esté en posesión de estado de hijo “natural” y la imputación de paternidad o maternidad, según sea el caso, no se dirija a persona casada. Esta postrer limitante reduce acentuadamente las posibilidades de investigación.

En la LSRF, a partir del artículo 176 se inicia el Capítulo X “De la legitimación”. La figura jurídica mencionada supone la existencia de hijos anteriormente ilegítimos, pues sólo requiere legitimación aquello que es ilegítimo; obviamente, a lo ya legítimo, ¿para qué legitimarlo?. Esta calidad de los hijos, que los denostaba, actualmente ha desaparecido del Código Civil.

Una innovación muy importante es la aparición en la LSRF de la introducción de la adopción, que no aparecía en los códigos civiles de 1870 y 1884. Se trata de una institución altamente benéfica para los infantes carentes de familia, en la que se hace patente en todo momento la intención de beneficiar al adoptado, subordinando a su interés el del adoptante. El tipo de adopción que la LSRF incorpora, es el que la Doctrina califica de *simple*, pues de acuerdo con el artículo 231 de dicho ordenamiento, “los derechos y obligaciones que confiere e impone la adopción se limitarán única y exclusivamente a la persona que la hace y a aquella respecto de quien se hace”; es decir

que los efectos de la adopción se agotan entre adoptante y adoptado, sin extenderse a los consanguíneos del primero o a los descendientes del segundo.

Una cuestión curiosa, es que no existe una denominación para el parentesco resultante de la adopción, ya que el artículo 32 de la LSRF, expresa que “La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad y afinidad”. Es claro que en la adopción simple no se da uno u otro parentesco de los mencionados.

En síntesis la LSRF de 1917, tomada como representativa de su momento histórico (fue la primera en el mundo que se ocupó de regular exclusivamente las relaciones interfamiliares, incluso antes que el Código soviético de la familia que es de 1918) representa un paso hacia delante, pero aún vacilante, debido a las ataduras atávicas que la frenaban. Las innovaciones biológicas que tanto influirían en el futuro, ya se vislumbraban, pero aún permanecían en el cofre de las sorpresas.

La filiación en el resto del siglo XX y principios del siglo XXI

Desde el punto de vista legal, el tema de la filiación presenta, a partir de la conclusión de la tercera década del siglo XX y principios del XXI, una gran complejidad originada por el avance científico en el campo de la genética. Han surgido situaciones nuevas e inusitadas, del todo impredecibles para el legislador, digamos de los 30's. El conocimiento a profundidad de los mecanismos de la herencia, el desciframiento completo del genoma humano en el año 2000, la posibilidad de lograr la reproducción de seres humanos fuera del proceso biológico normal y otros avances análogos, han transformado radicalmente el escenario donde surge y actúa la relación paterno filial.

Quizá debiéramos decir, en justicia, que la historia de esta notable evolución, se inició mucho más atrás de hace medio siglo. Tal vez con Gregor Mendel, aquel sacerdote agustino bohemio, para muchos el padre de la genética, quien, experimentando con flores y abejas, quien creó las celeberrimas leyes que llevan su nombre o con el bioquímico suizo Friedrich Miescher, mucho menos conocido que Mendel, quien en 1864 descubrió el ADN o ácido desoxirribonucleico,²⁶

²⁶ Se trató de un conocimiento primitivo. Mucho después, Maurice Wilkins y Rosalind Franklin, del Kings College, al proyectar un rayo de luz sobre cristales de ADN, establecieron definitivamente la existencia de la larga “escalera de caracol” que ahora nos es tan familiar y que a principios de los años 50's James Dewey Watson y Compton Crick representaron mediante un modelo armado por ellos mismos,

una pequeña molécula alojada en el núcleo de las células de los seres vivos. Como fuere, el conocimiento sobre la materia se fue ensanchando paulatinamente; primero, con lentitud y después aceleradamente, como una gran roca abandonada a su peso cuesta abajo.

Reconocer la enorme dinámica en la evolución del conocimiento biológico, supone la necesidad de preguntarnos si ha marchado al mismo paso el progreso de la ciencia jurídica, o si se ha desfasado y en qué medida. Vayamos por partes.

La clasificación de los hijos

Desde luego que el espíritu de la legislación actual, en el mundo de cultura occidental, se inclina, afortunadamente, a borrar toda clasificación de los hijos. Empero, este *desideratum* encuentra barreras prácticamente infranqueables; la realidad nos obliga a reconocer, al menos, la existencia de tres categorías de hijos: nacidos dentro de matrimonio, nacidos fuera de matrimonio y adoptivos. Dentro de los extramatrimoniales todavía habrá que distinguir entre los habidos de unión concubinaria y los que no se encuentran en este supuesto.

¿Por qué a la fecha no es posible prescindir de esta clasificación? Porque indudablemente debemos mantener la presunción de paternidad-maternidad de los cónyuges, para el hijo que nace de pareja unida matrimonialmente; ese hijo, por la razones que antes expusimos, tiene un padre seguro en el marido de su madre. Por la razón inversa, el hijo nacido extramatrimonialmente no disfruta de presunción análoga, aunque respecto a él hay que recordar que si fue procreado de concubinato, sí cuenta, según un gran número de legislaciones (entre ellas la del Distrito Federal), con presunciones que pretenden ser equivalentes a las establecidas para el hijo matrimonial, pero que topan con el obstáculo de la prueba, pues mientras el hijo nacido de matrimonio dispone de una prueba preconstituída e indubitable como es el atestado en que consta el casamiento de sus progenitores, el de unión concubinaria debe ascender la penosa cuesta que significa probar la existencia de tal unión, para finalmente aprovechar la presunción.

En cuanto a los hijos adoptivos, es un hecho innegable que originalmente eran extraños al o a los adoptantes (salvo que fuesen adoptados por algún familiar, pero ésta es otra cuestión que nada tiene que ver con lo que abordamos) y que mediante el procedimiento relativo han devenido en hijos.

que muestra la estructura helicoidal de la molécula. Cfr. ASIMOV, Isaac. *Enciclopedia Biográfica de Ciencia y Tecnología*. Alianza Editorial Mexicana. México 1988, pp. 330 a 333.

Importa hacer la aclaración de que esta clasificación no implica ánimo alguno de devaluar o subestimar a alguna categoría de hijos; posee sólo un propósito sistemático para facilitar el estudio del tema de la filiación.

Filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio

Las presunciones tradicionales de paternidad y maternidad continúan y pueden continuar siendo aplicadas para determinar la filiación de los hijos habidos mediante el proceso biológico normal. Sin embargo, existe novedad en cuanto a la posibilidad de desconocimiento de la paternidad. Tradicionalmente la prueba idónea al respecto se basa en la comprobación de que no pudo haber tenido relación carnal el presunto padre con la madre, durante el tiempo que debió ser engendrado el hijo; actualmente, además, existe la posibilidad de recurrir a las pruebas genéticas para demostrar que el marido no es el engendrador, prueba cuyo empleo en el caso del Distrito Federal, autoriza el artículo 325, *in fine*, al decir que contra la presunción de que se trata son admisibles aquellas pruebas "... que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer".

Ese "avance" se concreta en la prueba de *compatibilidad inmunogenética*, para la cual basta una "simple extracción de sangre, equivalente a cualquier extracción indicada para los análisis comunes de laboratorio bioquímico, inocua, indolora, no invasora y atraumática, es el único material necesario para llegar a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza aproximada del 100%".²⁷ Verruno y Haas se quedan cortos cuando emplean la palabra "aproximada"; en realidad la certeza es total (algo así como una posibilidad de error en trescientos millones) y ellos mismos fincan esta aseveración, al explicar que la combinación de los índices de probabilidad acumulada presenta "una certeza aún mayor que si el progenitor dejara las huellas digitales gravadas en el niño".²⁸ ¿Qué tanta aceptación tiene la prueba biológica desde el punto de vista legal?. Cuando nos ocupemos de la investigación de la paternidad abundaremos al respecto.

La filiación matrimonial eleva su complejidad, cuando la procreación abandona los causes normales, para entrar a los de la reproducción mediante proceso no natural.

²⁷ VERRUNO, Luis y HAAS, Emilio J.C. *Manual para la investigación de la filiación*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1985, p. 13.

²⁸ VERRUNO, Luis y HAAS, Emilio J.C. *Op. cit.*, p. 40.

La reproducción fuera del proceso natural, a la que genéricamente se denomina “asistida”, se origina en la inseminación artificial y en la fecundación artificial. Ambos fenómenos, que con frecuencia se confunden, creemos que no son lo mismo. Cabe aclarar que no existe unidad de criterios acerca de en qué consiste la diferencia entre ambos términos e incluso, acerca de si en verdad existe tal diferencia.

Dentro del lenguaje común, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, las palabras *fecundación* e *inseminación* son sinónimos.²⁹ Sin embargo, sugerimos diferenciarlos, entendiendo por inseminación el hecho de acercar el espermatozoide al óvulo con la intención de fecundarlo, lo que quizá se logre. La fecundación consistirá en la fusión del óvulo y del espermatozoide creando el embrión. La inseminación podría ser natural (mediante coito) o artificial (en los demás casos); en cuanto a la fecundación, su carácter de natural o artificial dependería de cómo ocurrió la inseminación, si natural o artificialmente; así, hablaríamos de fecundación artificial cuando la inseminación artificial tuvo un resultado exitoso, es decir, se logró (la inseminación artificial sería la parte inicial de un proceso, que de no resultar fallido, desembocaría en la fecundación).

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga. La homóloga es “...en la que se emplea el semen del marido”,³⁰ o bien, “aquella donde se emplea el semen de la pareja”.³¹ Este último concepto es más completo y el que mejor se aviene con la legislación del Distrito Federal, conforme a la cual (art. 293, párrafo segundo, CCDF) “También se da parentesco de consaguinidad en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan”; nótese que el precepto no habla de cónyuge sino simplemente “de quienes la consientan”, por lo que podría tratarse, hablando de parejas estables, de cónyuges o concubenarios. Lo importante es, para los efectos que analizamos, que el semen no provenga de un tercero extraño a la pareja.

Confirma el anterior criterio, para México, la más acertada y clara disposición del artículo 43 del Reglamento de la Ley General de

²⁹ “*Fecundación*. f. acción y efecto de fecundar II- artificial. f. Biol.. La producida por medios no naturales, tales como la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*”. “*Inseminación*”. (De in y el latín *seminatio-onis*, siembra, fecundación) f. Biol.. Llegada del semen al óvulo mediante la cópula sexual. II- artificial. f. Biol.. y Med. Procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo empleando técnicas adecuadas”. (Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda edición. 2001. Tomo 5 y 6, pp. 708 y 868).

³⁰ *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland*. Volumen 1. Ed. Interamericana McGraw-Hill. Madrid. España. 1992.

³¹ Técnica de Reproducción Asistida, S.C. <http://www.reproducción.com.mx/insen.html>.

Salud en Materia de Investigación de la Salud, conforme al cual "...para la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o *concubinario*..." Este concubinario es para la mujer su pareja estable.

Antes de seguir adelante, queremos aclarar que esta parte de nuestro estudio está dedicado a los hijos nacidos de unión matrimonial y los de concubinato no tienen este carácter; sin embargo hemos abordado aquí este punto por la similitud de tratamiento legal que, sostenemos, debe darse a unos y otros hijos.

La inseminación heteróloga, por la contra de la homóloga, es aquella en la cual el semen empleado procede de un varón distinto de la pareja estable de la mujer. A ese varón se le suele llamar donador. No perderemos el tiempo discutiendo si jurídicamente hay en el caso contrato donación (o también si existe cuando lo que se cede es un óvulo), porque obviamente no lo hay (ni el semen ni el óvulo están en el comercio y por tanto no pueden ser objeto de contrato. Art. 1825 CCDF); únicamente manifestaremos que la denominación nos gusta, por que la idea de donación va unida a la de transmisión de algo a título gratuito.

Es interesante constatar que ya sea que se trate de fecundación artificial homóloga o heteróloga, la voluntad deviene en fuente de filiación, pues la imputación de paternidad está dirigida inmediatamente a la pareja de la mujer, por haber consentido la asistencia para la maternidad.

Qué duda cabe de que se trata de una innovación muy importante en lo que se refiere a la imputación de paternidad, que no soñó el legislador del Código Napoleón y que apenas vislumbró, si acaso, el de la década de los 50's del siglo XX.

No debemos omitir la mención relativa a que la inseminación (y fecundación resultante) artificial puede, según el método elegido, ser corpórea o extracorpórea, es decir, *in vivo* o *in vitro*. Resumidamente, el primero es un método distinto al natural llevado a cabo *in vivo*, para introducir el esperma al interior de los órganos genitales femeninos.³² El segundo, efectuado *in vitro*, origina los popularmente llamados "bebe de probeta" y consiste en la inseminación (y fecundación) extracorpórea del óvulo, proceso que naturalmente ocurre en las trompas de falopio, pero que en el caso que nos ocupa, acontece en el laboratorio;³³ esta técnica se empezó a emplear con éxito en los Estados Unidos a partir de 1978.

³² Cfr. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea. Buenos Aires. 1990, p. 19.

³³ Cfr. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 33.

La distinción entre estas dos especies de fecundación, para nada altera lo que hemos aseverado anteriormente respecto a la voluntad como fuente de filiación y en lo que concierne a nuestro país, el ya citado reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en su artículo 40, fracción XI, al referirse a la fertilización asistida, expresa que es aquella en la cual la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e *incluye la fertilización in vitro*. Lo anterior lleva a la conclusión de que la fertilización *in vitro* es una especie de la inseminación artificial y, por lo tanto, sujeta a la regulación aplicable a ésta.

Algo semejante se puede decir respecto de otros métodos de fecundación, como son la transferencia intratubárica de gametos y la transferencia intratubárica de embriones. La primera se distingue de la fecundación *in vitro* en que no se efectúa como ésta al exterior del cuerpo, sino directamente inyectando en las trompas de falopio el semen junto con dos óvulos; para la práctica de este método es necesario que la mujer tenga al menos una trompa sana o en condiciones de ser utilizada.³⁴

En la segunda, que es una variación técnica de la primera, “la fertilización de los ovocitos ocurre *in vitro* y los embriones resultantes se transfieren dentro de las trompas”;³⁵ así pues, lo singular de este método es el lugar donde ocurre la transferencia.

Dentro de este mismo tema relativo a la filiación de los hijos matrimoniales, debemos incluir lo referente a la maternidad subrogada y el arrendamiento de vientre. Reiteramos ahora el criterio que en 1996 propusimos para distinguir entre sí a estas dos figuras: la *maternidad subrogada* debería reservarse para el caso de que la mujer asistente prestara no sólo el vientre para la gestación, sino también el óvulo a ser fecundado con semen del marido de la mujer asistida (o de un tercero, que esta proporcionara); tratándose del *arrendamiento* de vientre, la mujer sólo prestaría éste para la gestación, esto es, permitiría que el óvulo fecundado se implante en su útero para dar inicio a aquella.

Desde luego ambas denominaciones son inexactas; en los casos mencionados no hay ni subrogación ni arrendamiento, respectivamente. En nuestro Derecho y atento a lo dispuesto en el artículo 2058 del Código Civil, es inaplicable al primero de los fenómenos de que se trata, el carácter de subrogación, que no es sino la substitución

³⁴ Cfr. REMOHI, José; PELLICER, Antonio y BONILLA- MUSOLES, Fernando. *Avances en reproducción asistida*. Ediciones Díaz Santos, S.A. Madrid, España. 1992, p. 269.

³⁵ REMOHI, José y Otros, *op. cit.*, p. 282.

del acreedor por otra persona, operada por convenio o por disposición de la ley, en virtud de que esta última paga por el deudor; es palmario que esto no sucede en el caso que se contempla. En cuanto el segundo de los mismos fenómenos, no es un arrendamiento, ya que jurídicamente un vientre y la persona física de la cual éste forma parte, no están en el comercio, no son cosas (art. 1825 CC).³⁶ Empero, es conveniente continuar utilizando estas denominaciones, no tanto por que han tomado carta de naturalización, como por su disfunción, en realidad son ampliamente conocidas y nos permiten a todos saber de qué se está hablando.

Nuestra legislación no se ocupa mayormente de los dos fenómenos anotados. El Reglamento de la Ley General de Salud en la Materia de Investigación de la Salud, no los incluye en su artículo 40 y lo más que podríamos decir es que para los efectos de la determinación de la filiación del hijo en las circunstancias de que se trata, es aplicable el párrafo segundo del artículo 293 del Código Civil, conforme a cuyo texto, como ya señalamos antes, surge parentesco consanguíneo “en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan”.

Desconocemos si en la práctica se han dado caso de maternidad subrogada en nuestro país, pero sí hay noticia acerca de que ha tenido lugar en otros, como son Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos.³⁷

Refiriéndonos de manera general a los hijos nacidos de reproducción lograda por medios diferentes a la vía natural, percibimos que raras son las legislaciones que han profundizado sobre la materia y que se ha procedido a ello a veces dentro del Código Civil o del Familiar respectivo y otras en reglamentaciones especiales.

No falta tampoco disposiciones de orden penal, que desde ese ángulo particular han abordado la materia.

Es frecuente encontrar en los ordenamientos legales de otras naciones, disposiciones semejantes a la contenida en el párrafo segundo del artículo 293 del Código Civil, es decir, en las que se disponga que el hecho de consentir en la reproducción asistida hace nacer el vínculo paterno o materno filial, entre quienes consintieron y el hijo producto del acuerdo.

³⁶ Cfr. BARROSO FIGUEROA, José. *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar*. Coedición UNAM-Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1996, p. 27.

³⁷ Cfr. *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Biomedicina, ética y derecho*. Autores Varios. GAFO, Editor. Edita publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid. Madrid, España. 1986, pp. 89 y 90.

Así ocurre en diferentes Estados de la Unión Americana, como son California, Georgia, Louisiana, Oklahoma y Texas.³⁸

Otro tanto se puede aseverar de diversas naciones europeas como España (Ley núm. 35, 1988, art. 8), Portugal (Código Civil, art. 302), Suecia (Ley núm. 1140, 1984, art. 2), Suiza (Código Civil, art. 256.2), y algunos más. En América se puede citar a Bolivia (Código de Familia, art. 187) y a Costa Rica (Código de Familia, art. 72).

Filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio

Como se vio anteriormente, en el Código Napoleón, la filiación de los hijos extramatrimoniales sólo podía resultar del reconocimiento voluntario, en tanto que, por regla general, estaba vedada la investigación de la paternidad.

No obstante que el Código Civil vigente en el Distrito Federal no se alude de manera expresa a los hijos habidos fuera del matrimonio, es obvio que en el artículo 360 se está refiriendo a ellos, cuando prescribe que “la filiación también se establece por reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia que así lo declare”.

En efecto, tanto el caso del reconocimiento como el de la sentencia sólo pueden suponerse tratándose de hijos no matrimoniales, pues los hijos de matrimonio jamás requieren o están sujetos a reconocimiento y en cuanto a la aludida sentencia deberá recaer en un juicio de investigación de la paternidad o de la maternidad y es claro que estas investigaciones se requieren por que esa relación filial no está establecida, esto es, no tienen padres ciertos como sí los tienen los hijos matrimoniales.

Hay una notable diferencia con el Código Napoleón. En este únicamente existe un modo de establecer la filiación del hijo extramatrimonial (salvo el caso de raptó ya visto. Art. 340) y es mediante reconocimiento, es decir, que se trata de un acto enteramente voluntario; reconocer o no al hijo, queda a la discreción del padre. Actualmente la posibilidad de que se establezca esa relación paterno filial, no se reserva exclusivamente al arbitrio del progenitor (o la progenitora), sino que le puede ser impuesta por una sentencia judicial.

Después de la reforma del 2000 ha desaparecido del Código Civil el listado de los casos en los cuales anteriormente se autorizaba de manera taxativa la investigación de la paternidad, por lo cual pode-

³⁸ Para un conocimiento más detallado, consúltese SILVA RUIZ, Pedro. *Panorámica General de la Fecundación Humana Asistida (inseminación artificial, fertilización in vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos*. II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX*. Trivium. Madrid. 1988.

mos asumir que ahora ésta es libre e, incluso, para su comprobación se admiten todos los medios ordinarios de prueba (art. 382 CC).

Una novedad importante es la admisión legal expresa de la prueba biológica para la comprobación de la paternidad-maternidad, en la parte final del mismo artículo 382, con el pertinente añadido de que si se negare el presunto progenitor a proporcionar la muestra hemática necesaria para practicar el análisis, se presumirá su paternidad o maternidad, según corresponda, salvo prueba en contrario. La admisión de la prueba biológica resulta trascendente dado el grado de certidumbre positiva o negativa que es susceptible de producir; en cuanto a presunción derivada de la negativa a prestar la sangre que requiere el análisis, acertadamente es *juris tantum* y constituye una suficiente admonición para evitar que alguien rehuse inmotivadamente la muestra solicitada (la abstención del imputado equivale a una confesión ficta destruible por prueba idónea).

En el ámbito internacional la prueba hemática ha sido admitida desde ya hace tres cuartos de siglo, aunque en un principio debido al todavía pobre adelanto científico, se le reconocía escaso valor. En Alemania se le admite desde 1927 (aunque generaba escasa convicción); en Argentina el artículo 325 del Código Civil, modificado por la Ley 14.367 del año 1954, permite toda clase de pruebas para comprobar la paternidad (lo que incluiría la biológica);³⁹ en Bélgica, los tribunales fueron facultados para disponer de oficio el examen sanguíneo de acuerdo a los métodos científicos probados, por el artículo 313-C del proyecto Belga de 1978; en Costa Rica el Código de la Familia de 1974 admite la prueba de los grupos sanguíneos; en Dinamarca la legislación procesal admite que los tribunales exijan la práctica de la prueba hematológica, considerándose la negativa de los presuntos progenitores a que se efectuó, como indicio que debe ser valorado por el juez; en España el artículo 127 del Código Civil Español declara enfáticamente que en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas; en Estados Unidos diversos estados de la Unión admiten la prueba biológica;⁴⁰ en Francia, el artículo 340-1, inciso 3, del Código Civil, establece como condición para la admisibilidad de la acción de filiación, el sometimiento al análisis de grupos sanguíneos, y Suiza en el artículo 256 de su Código Civil consiente la prueba hematológica con restricciones.

³⁹ Cfr. VERRUNO, Luis y Hass J.C. Emilio. *Op. cit.*, p. 191.

⁴⁰ Una exposición detallada de los estados de ese país que aceptan la prueba de sangre en la investigación de la filiación, se encuentra en la obra de Verruno y Haas que hemos venido citando, p. 107.

Ante estos avances, el Código Napoleón aparece como una venerable reliquia arqueológica (dicho sea con todo respeto).

Filiación adoptiva

La adopción a cambiado radicalmente y además en sentido opuesto a la concepción napoleónica. No omitamos, ante todo, el homenaje que justamente merece el Gran Corzo por la resurrección de esta figura jurídica, pero de manera sucinta procedamos al contraste entre la regulación de aquella época y la actual.

En nuestro momento el interés omnipresente en la adopción es (podríamos decir que en todas las legislaciones contemporáneas), el de el menor o incapaz candidato a la adopción y no el de el adoptante; la finalidad que por tanto se persigue con ésta es el beneficio del adoptado, lo que relega a un segundo plano el de quien adopta. La adopción no aparece como un contrato entre mayores de edad, sino como un procedimiento en el que se examina la conveniencia de que se establezca la relación paterno-filial (o materno-filial), entre un mayor de cierta edad y un menor o un incapacitado, lo que en la afirmativa da lugar a una sentencia constitutiva de parentesco filial. Sobre todo con la incorporación de la adopción plena (llamada en algunos países legitimación adoptiva o de alguna otra manera), en la adopción moderna el adoptado ya no permanece en su familia original como ocurría en la napoleónica, sino se incorpora a una nueva familia, quedando equiparado al hijo consanguíneo.

Podríamos resumir que la adopción actual es otra adopción, remotamente relacionada con la del Código Napoleón. El Código Civil para el Distrito Federal tiene las características modernas anotadas, lo cual nos complace; sin embargo, no nos acaba de convencer el tipo adopción (adopción plena) que como única forma de adoptar regula el Código Civil vigente, particularmente el que se le declare irrevocable, porque el panorama idílico que supone como su resultado (todo va a salir bien), frecuentemente no se da en la realidad, y como el adoptado rompe todo vínculo con su familia original, la adopción se convierte en un salto mortal de trapecio a trapecio y sin red. Por otro lado, muchas veces los familiares del adoptante ven con desagrado la adopción, no obstante lo cual adquieren obligaciones para con el extraño que fue adoptado sin que fuesen consultados, pues la ley no prevé que deban consentir para que se produzca el efecto indicado.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Código Napoleón, influido como fue natural, por la filosofía individualista de su tiempo, se sujeta en cuanto a la regulación de la filiación a un esquema conservador, permeado por la tradición romano-canónica. El adelanto de la ciencia genética era casi nulo en la época, por lo que de hecho el aspecto biológico apenas fue tomado en consideración para el establecimiento de la filiación.

SEGUNDA. Constituyó un notable mérito del Código Napoleón el rescate y restauración de la adopción, no obstante que le imprimió una orientación inadecuada.

TERCERA. Durante alrededor de un siglo la influencia del Código Napoleón fue patente en la codificación universal, en lo que a la filiación se refiere, pero los hallazgos de las ciencias biológicas a partir de los inicios del siglo XX, dieron un vuelco a la situación y los planteamientos napoleónicos empezaron a convertirse en anacrónicos.

CUARTA. En el transcurso del siglo XX el adelanto de la genética fue galopante y bajo su influjo, la regulación de la filiación resintió un profundo sacudimiento, sobre todo por el surgimiento de métodos que permiten la reproducción humana fuera del proceso natural y por el incremento del conocimiento profundo de los mecanismos de la herencia biológica.

QUINTA. En los umbrales del siglo XXI, se avizoran cambios aún más radicales por el ensanchamiento del conocimiento genético, que conducirán a una regulación ahora tan insospechada como lo fue la actual para nuestros predecesores de hace doscientos años.