



194  
20

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

---

FACULTAD DE DERECHO

LA PROBLEMÁTICA DE LA INSEMINACION  
ARTIFICIAL EN MATERIA DE FILIACION

T E S I S  
QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:  
LICENCIADA EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
BLANCA IDALIA MADRIGAL CHAVEZ

CD. UNIVERSITARIA, D. F.

1991

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# INDICE

## INTRODUCCION

## PAGINA

### I. FILIACION MATRIMONIAL

1.1 Generalidades y concepto de la filiación en general	1
1.2 Elementos constitutivos de la filiación matrimonial	6
1.3 Clases de filiación	10
1.4 Presupuestos de la legitimidad. Hijos nacidos de matrimonio. Plazos legales	13
1.5 Acciones relativas a la filiación matrimonial	21
1.6 Pruebas de la filiación matrimonial:	34
a) actas del registro civil	35
b) posesión de estado	37

### II. FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

2.1 Concepto y generalidades	40
2.2 Condición jurídica y social de los hijos nacidos fuera de matrimonio.	44
2.3 Los hijos nacidos fuera de matrimonio. Reconocimiento voluntario y requisitos formales.	48
2.4 La prueba de la filiación extramatrimonial	56
a) el reconocimiento voluntario	57

b) investigación de la paternidad y la maternidad	59
2.5 Procedimiento de investigación	65
2.6 Los medios probatorios	66
2.7 La legitimación	70

### III. LA INSEMINACION ARTIFICIAL

3.1 Concepto	77
3.2 Antecedentes de la inseminación artificial	80
3.3 Datos biológicos de la inseminación artificial	85
3.4 Consideraciones de la inseminación artificial:	
A. De carácter ético religioso y moral	94
a) respecto del donador	100
b) respecto de la mujer	101
c) respecto del marido	102
d) respecto del hijo	102
e) respecto al médico	102
B. De carácter social	103
C. Desde el punto de vista del derecho	106

### IV. DETERMINACION DE LA FILIACION A TRAVES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

4.1 Problemas para determinar la filiación cuando se ha practicado la inseminación artificial	111
4.2 Efectos jurídicos de la inseminación artificial	126

4.3 Inefectividad del Código Civil Vigente para el Distrito Federal	136
4.4 Necesidad de reformar el título de la paternidad y la filiación	139
<b>CONCLUSIONES</b>	142
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	145

## INTRODUCCION

Determinar la filiación de un hijo habido en matrimonio en los supuestos en que pueda existir la contradicción de la paternidad, o bien sea un hijo nacido fuera de matrimonio, no es tarea sencilla y representa graves problemas prácticos para saber quien es el padre de ese hijo, debido a que la ciencia médica no ha avanzado lo suficiente en lo relativo a pruebas que se pudieran aportar para demostrar fehacientemente quien es el padre del hijo y así, poder establecer la filiación y las consecuencias que derivan de ésta.

La legislación mexicana actual contempla tres tipos de filiación: la matrimonial, la extramatrimonial y la adoptiva. Actualmente en nuestro país no se establecen diferencias entre los hijos por su origen, lo único que resulta diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación.

Si bien la ley trata de mantenerse actualizada y acorde a las nuevas circunstancias que rodean al ámbito social; es indudable que alguno de sus campos ha quedado desprotegido, debido al notable avance de la ciencia. En efecto, actualmente existe en la práctica el problema de la inseminación artificial en seres humanos, es decir, que se puede llegar a la fecundación

por medios terapéuticos y no mediante la cópula. Ahora bien, consideramos que la ley es omisa en cuanto a la determinación de la filiación de los seres humanos, cuya gestación se llevó al cabo mediante la inseminación artificial.

El legislador de 1928, a pesar de su enorme sabiduría no pensó en regular un procedimiento fisiológico artificial que aunque ya conocido desde 1799, no era del dominio público, ni las costumbres lo aceptaban; sin embargo, en unos años habría de experimentar una transformación en las sociedades. Este cambio de condiciones sociales nos lleva a la necesidad de renovar la legislación y el Derecho civil debe adecuarse a las consecuencias de la revolución científica.

Al mismo tiempo la ley debe de estar alerta y no sólo regular los cambios que ya se produjeron, sino prever y dictar medidas, antes de que las minorías innovadoras ensayen una gran variedad de estructura de familia, manipulando las formas ya existentes.

Por lo expresado anteriormente es notable la falta de normas jurídicas que tiendan a regular el problema antes planteado, aunado a esto, observamos la falta de conocimiento que sobre esta materia se tiene actualmente.

En el primer capítulo se analizaron conceptos de filiación en general y en especial se estudio la filiación de los hijos matrimoniales, el segundo capítulo correspondió a la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, analizando la figura de la legitimación por seguir el orden del Código Civil vigente para el Distrito Federal, aunque ésta en la actualidad resulte obsoleta. Tratamos de las generalidades de la inseminación artificial en el tercer capítulo, para que una vez teniendo una visión amplia y genérica de los elementos, conceptos jurídicos mencionados, podamos desembocar en las cuestiones centrales de esta tesis, que es, precisamente la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante la inseminación artificial: así mismo, se propuso de manera fundada y motivada una solución jurídica que traspasa las divergencias existentes en el tema que tratamos.

## CAPITULO PRIMERO

### LA FILIACION MATRIMONIAL

#### 1.1. GENERALIDADES Y CONCEPTO DE FILIACION EN GENERAL.

La palabra "filiación" etimológicamente proviene del latín *filatio onis* derivado de *filius*=hijo. Acción y efecto de filiar o filiarse.<sup>(1)</sup>

Sabemos la importancia considerable que en derecho reviste la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores, pues de esta relación surge el estado civil de las personas; así mismo el vínculo que se crea es fuente de varias ventajas como son: los derechos sucesorios, la prestación de alimentos y otras consecuencias jurídicas.

A este nexo causal de acuerdo con Rojina Villegas se le llama filiación, cuando se considera que una persona tiene la calidad de hijo con respecto a su padre o madre. Dicho vínculo descansa en el hecho biológico de la procreación, es decir, que la filiación se determina por medio del lazo consanguíneo, por lo que a toda persona corresponde una cierta filiación, aunque sea imposible conocerla, ya sea porque se

---

(1). Diccionario Jurídico Mexicano, T. IV, E-H. Edic. 1a. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1983. P. 297

carezca de pruebas o bien, estas resulten insuficientes. Por lo que literalmente anota que la "filiación constituye un estado jurídico, en cambio, la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento son hechos jurídicos"<sup>(2)</sup>

El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se seguirán produciendo dichas consecuencias.

En cuanto a la filiación encontramos que esa situación permanente que regula el derecho, por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo y que no va a desaparecer como ocurre con ciertos estados que se extinguen o transforman dentro del mismo sujeto.

La filiación de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación "es la procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos recíprocos, dando origen a la patria potestad."<sup>(3)</sup>

---

(2). Rojas Villagas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. I. Edic. 5a. Ed. Porrúa. México, 1980. P. 855.

(3). Semanario Judicial de la Federación. T. XXV. P. 817.

Ahora pasaremos a la cuestión de si los términos paternidad y filiación son sinónimos, o si por el contrario tienen diferente significado.

Puig Peña recuerda a este propósito que algunos autores ponen atención sólo en el término filiación, sin mencionar al otro al que parece no conceden importancia. Sin embargo, otros autores aluden sólo al término paternidad, criterio que se le pudiera llamar clásico, pues es el seguido por los antiguos autores y de esta palabra "la paternidad", se han hecho algunas expresiones, como la *investigación de la paternidad*, la *prueba de la paternidad*, etc. que incluso se encuentran consignadas en las leyes.

En realidad concluye Puig Peña - "creemos que ello no es más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la otra supone y lleva consigo a la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin su padre. Son pues dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno filial; en una están los padres y por ello, se llama paternidad, y en la otra los hijos, por lo que se llama filiación, pero estos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una parificación absoluta en sus consecuencias jurídicas."<sup>(4)</sup>

---

(4). Cit. Por. Pina, Rafael, de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Edic. 12a. Ed. Porrúa. Mexico, 1977. P. 348.

Coincidimos con la opinión de Manuel Mateos Alarcón, quien se expresa en el mismo sentido que Puig Peña al manifestar que "las palabras paternidad y filiación expresan dos calidades correlativas e inseparables, aquella la calidad de padre y ésta la de hijo".

"En consecuencia, la paternidad y la filiación consisten en las relaciones naturales y sociales que unen los descendientes a los ascendientes, comprendiéndose bajo la primera denominación no sólo el vínculo especial que une al padre a los hijos, sino también el de la maternidad, con el cual están unidos la madre y los hijos".<sup>(5)</sup>

Fue preciso abordar conceptos de la filiación en general, así como de la paternidad, para tener nociones de lo que se entiende por estos términos, y ahora sí teniendo los elementos necesarios, para poder exponer un concepto de filiación matrimonial, pasaremos a conceptualizarlo:

De acuerdo con la aseveración de Colín y Capitant, que al respecto expresan que "tener una filiación legítima es haber nacido de las relaciones sexuales de dos esposos. Para establecer esta filiación es preciso poder demostrar, primero, que se ha nacido de una mujer casada: este hecho es el de la maternidad legítima, segundo que haya sido engendrado

---

(5) Mateos Alarcón, Manuel. Código Civil del Distrito Federal - concordado y anotado. Tip. de la Vda. de Ch. Bouret. México, 1983. P. 255.

por el marido de esta mujer: este hecho es el de la paternidad legítima".<sup>(6)</sup>

Pensamos que esta definición resulta incompleta porque al mencionar que para la existencia de una filiación legítima, es necesario haber nacido de las relaciones sexuales de dos esposos. Qué pasa si una pareja tiene relaciones sexuales, cuya consecuencia desemboca en el embarazo de la mujer y al mes siguiente optan por casarse.

En este supuesto las relaciones sexuales no fueron de dos esposos, sin embargo, el hijo que nazca va a ser matrimonial, porque la ley establece un plazo de legitimidad, y si el hijo nace dentro de éste, no habrá duda de que es legítimo.

Por tanto según De Pina, el hijo legítimo puede nacer también cuando el matrimonio de los padres esté ya disuelto, sea por muerte del marido, por divorcio, o por nulidad, puesto que la legitimidad se va a determinar por virtud de su concepción y no de su nacimiento, por lo que define a la filiación matrimonial de la siguiente manera:

"Los hijos nacidos de matrimonio son los procreados por los cónyuges durante el matrimonio; los concebidos antes del matrimonio y nacidos después de la celebración de éste tienen dicha consideración en ciertos casos."<sup>(7)</sup>

---

(6). Colín, Ambrosio y Capitán, Henri. Curso Elemental de Derecho Civil. T. I. Introducción. Estado Civil. Domicilio y - ausencia. Edic. 3a. Ed. Reus. Madrid, 1952. P. 550.

(7). Pina, Rafael de. Ob. cit. P. 350.

Propondríamos la siguiente definición de filiación matrimonial:

"Se consideran hijos legítimos los nacidos dentro de matrimonio contraído conforme a las leyes o al llamado putativo o contraído de buena fe por uno o por ambos cónyuges, siempre y cuando nazcan ciento ochenta días posteriores al matrimonio, hasta trescientos días después de la disolución de éste."

#### 1.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA FILIACION MATRIMONIAL.

Los elementos constitutivos de la filiación en general se desprenden de su definición y se integran de distinta manera según se trate de establecerla respecto de la madre o en relación al padre.

Al respecto Sara Montero anota que la maternidad es un hecho indubitable derivado de los datos comprobados certeramente del embarazo y del parto, ya sea dentro o fuera del matrimonio. Excepcionalmente surgirá la incertidumbre para determinar la filiación, cuando el parto tenga lugar sin testigos, y el recién nacido sea abandonado por su madre.<sup>(8)</sup>

Respecto de la determinación de la filiación en relación a la madre, de acuerdo con Rojina Villegas: el primer punto que ha de establecerse, es el parto de quien pretende ser la madre, es decir, que una mujer haya tenido un hijo; para lo

---

(8). Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edic. 2a. Ed. Porrúa. Mexico, 1984. P. 266.

cual es necesario conocer el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar hay que establecer si el infante que hoy reclama una mujer es verdaderamente el que ha parido dicha mujer: ello presupone que deben de concordar la fecha del alumbramiento, la edad del reclamante y además que no ha habido sustitución del infante.

Probados estos puntos queda perfectamente establecida la filiación materna respecto de su hijo. La prueba de la maternidad es más fácil y jamás deja lugar a duda.<sup>(9)</sup>

Los efectos jurídicos de la filiación matrimonial y extramatrimonial, resultan en cuanto a la maternidad de la prueba de que una mujer dió a luz un determinado hijo y después se le identifica con el carácter de dicha mujer, para deducir alguna acción en materia de alimentos, de herencia o simplemente para defender su estado de hijo y tener la fama, así como el apellido. En este sentido el artículo 360 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, que aunque se refiere a la filiación extramatrimonial, podemos aplicarla a todo tipo de filiación materna, prescribe lo siguiente:

"Art. 360.-"La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento

---

(9). *Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, T. II. - Derecho de Familia, Edic. 5a. Ed. Porrúa, Mexico, 1900. - P. 598.*

voluntario o por una sentencia que declare la paternidad."

Según Rojas Villegas, ante la prueba del parto por testigos o por el acta de nacimiento, si consta el nombre de la madre, ya el hijo sólo tiene que demostrar su identidad, es decir, tendrá que comprobar que aquel sujeto al cual se refiere el acta de nacimiento o al que aluden los testigos, es el mismo que está pretendiendo su calidad de hijo para los efectos legales consiguientes.

Si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad, porque es a través de la madre como podemos llegar al padre, mediante ciertas presunciones; por lo que es ilógico pensar en buscar al padre de un hijo, cuando no se sabe quien es la madre. Sin embargo, existe una excepción relacionada con la filiación extramatrimonial: cuando esta filiación se ha establecido por virtud de un reconocimiento voluntario hecho por el padre, cuando la madre sea aún desconocida, e incluso puede llegar a acontecer que nunca se conozca a la madre; razón por la cual no se podría establecer la filiación en cuanto a la madre. De lo anterior se desprende que existe un error en el método, en cuanto a que la ley siempre alude al término investigación de la paternidad y no menciona primero la investigación de la maternidad.<sup>(10)</sup>

---

(10). Ibid. PP. 599 y 600.

Siguiendo la opinión de Planiol decimos que "la filiación materna es la única susceptible de probarse directamente; el hecho del alumbramiento puede demostrarse con toda certidumbre con testigos; en cambio la paternidad nunca deja de ser una probabilidad; el hecho de la concepción escapa a toda prueba directa; nos conformamos con presunciones que no producen la certidumbre."<sup>(11)</sup>

Una vez probada la maternidad, habremos de pasar a la filiación paterna. Por el contrario la filiación paterna no puede ser conocida directamente en forma inmediata. Por lo que tratándose de la filiación matrimonial sólo a través de una presunción puede afirmarse que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre.

Ya en la antigüedad los romanos establecieron una presunción que evitara dificultades de la determinación de la filiación paterna y formularon el famoso aforismo: *pater is est quod justae nuptiae demonstrant*, cuyo significado más comprensible para nosotros: "padre es el marido de la madre" y de esta manera se llevó a las legislaciones a crear los plazos máximos y mínimos de gestación del ser humano.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que los elementos constitutivos de la filiación matrimonial, son los

(11). Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Edic. 12a. T. II. Vol. IV. Ed. José M. Cejica. Puebla, 1967. -- PP. 142 y 143.

que ya hemos analizado respecto de la maternidad y además es necesario que exista el matrimonio de los padres, que el hijo nazca dentro de los plazos legales, y que la concepción sea por obra del marido.

### 1.3. CLASES DE FILIACION.

La clasificación de la filiación se establece de acuerdo con nuestra legislación actual de tres maneras: por matrimonio, habida fuera de matrimonio o surgida por la adopción. Se llamarán respectivamente: filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva. En los dos primeros casos observamos que la filiación se establece por un lazo consanguíneo, a diferencia del tercero que crea el parentesco civil, mediante el vínculo legal establecido por la adopción.

Cada una se constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, los derechos y las obligaciones que se adquieren, son idénticos; en nuestra legislación no se establecen diferencias entre los hijos con respecto a su origen.

Siguiendo la autorizada opinión de los tratadistas mexicanos Sara Montero, Mateos Alarcón y Julián Guitrón Fuentesvilla anotamos que son causas constitutivas de la

filiación matrimonial las siguientes:<sup>(12)</sup>

- El matrimonio
- La maternidad de la mujer
- La paternidad del marido
- La concepción del hijo durante el matrimonio

De estas cuatro condiciones las dos primeras son susceptibles de prueba directa; el matrimonio se prueba con el acta del Registro Civil y, en su defecto, por los medios ordinarios de prueba que permite la ley, mientras que la maternidad, como lo analizamos en el apartado anterior la naturaleza ha sido tan pródiga con las mujeres, que existe la certeza de saber fehacientemente quién es la madre de un hijo; situación que se revela por signos exteriores, así como por el parto, los cuales se acreditan por los medios de prueba idóneos.

Por el contrario la paternidad del marido y la concepción del hijo durante el matrimonio, no son susceptibles de prueba directa, por su propia naturaleza.

Tomando en cuenta el último elemento constitutivo de la filiación legítima, para que un hijo se considere que fue concebido dentro del matrimonio se establece un plazo de ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio y trescientos días siguientes a su disolución. Plazos

---

(12). Montero Duhalt, S. Ob. Cit. PP. 208 y 209. Vid. Mateos - Alarcón, M. Ob. Cit. P. 230. Vid. Guitrón Fuentevilla, Julián. Que es el Derecho Familiar. Edic. 9a. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales. Mexico, 1987. P. 45.

legales que estudiaremos y analizaremos en el apartado correspondiente.

De la filiación matrimonial surge un derecho tanto para el hombre casado, como para el hijo. El artículo 345 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal reafirma lo anterior al señalar que:

"Art. 345.-No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio."

Además de la filiación matrimonial que se determina en la forma anteriormente mencionada, estudiaremos la filiación extramatrimonial que le corresponde a los hijos concebidos cuando su madre no se encontraba unida en matrimonio.

Según Antonio Cicu el derecho admite el estado de filiación natural, solamente cuando se ha dado un reconocimiento voluntario o por una sentencia que así lo declare y es cuando surge entre el padre y el hijo una serie de derechos y deberes, como en el estado de filiación matrimonial.

Faltando un reconocimiento o una declaración judicial, no se da el estado de filiación.<sup>(12)</sup>

---

(12). Cicu, Antonio. La Filiación. Trad. de Faustino Gómez - Arnaud y José Santacruz Tejero. Edic. 1a. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1930. P. 19.

Anteriormente las legislaciones llamaban a los hijos nacidos fuera de matrimonio por su origen y había así denominaciones tan absurdas como hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos, mancebos etc.

Ocurre que el hecho de la filiación extramatrimonial, resulta más incierto, de más difícil comprobación, está mucho más sujeto a error por las consideraciones a que ya hemos hecho mención. Por esta razón la ley se ha inclinado a favorecer y proteger la generación nacida de padres unidos en matrimonio, rodeándola de privilegios y degradando la extramatrimonial.

Sin embargo, las legislaciones actuales han disminuído las diferencias entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. La legislación actual mexicana muy justa, sólo distingue a los hijos nacidos dentro del matrimonio y fuera de matrimonio, a los cuales otorga idénticos derechos.

y por último, hacedos referencia a la filiación adoptiva, la cual se establece por virtud del acto de adopción, que convierte al adoptante en padre o madre y al adoptado en hijo. No entraremos en detalle en esta clase de filiación, pues es motivo de otro tema.

#### 1.4. PLAZOS LEGALES. SUPUESTOS DE LEGITIMIDAD.

Antonio Lico, respecto de la legislación civil italiana señala la siguiente definición: "La legitimidad de la

filialción presupone el matrimonio de los padres, En nuestro derecho sólo hay matrimonio, cuando éste se haya celebrado ante el oficial del estado civil *Ufficiale di stato civile*. Celebrado el matrimonio, son legítimos los hijos concebidos: a) por la mujer; b) después de la celebración, mientras dure el matrimonio; c) por obra del marido."<sup>14)</sup>

La concepción durante el matrimonio es el hecho que origina la filialción matrimonial, por tanto este hecho debe de ocurrir después de celebrado el matrimonio, sin embargo, como veremos en el tema relativo a la legitimación, por medio del subsiguiente matrimonio se pueden legitimar a los hijos concebidos antes del matrimonio.

El momento en que la concepción se realiza no puede ser fijado directamente con precisión, por tal razón la ley recurre a una presunción; fijando los límites extremos. Al efecto prescribe el artículo 324 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal:

"Art. 324.-Se presumen hijos de los conyuges:"

"I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;"

"II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, va provenga éste de nulidad del contrato, de muerte

---

144) Cico, A. Ob. Cit. P. 21. Vid. Ibarrola, Antonio, de. Derecho de Familia. Edic. 2a. Ed. Porrúa, Mexico, 1978. P. 358.

del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

Esto es, para que se consideren hijos de matrimonio deben nacer seis meses después de celebrado el matrimonio y dentro de los diez meses después de su disolución. La fundamentación de la hipótesis se encuentra en el hecho biológico de que el hijo por muy tempranamente que nazca, deberá ser después del plazo de ciento ochenta días (plazo mínimo de gestación) y tardíamente, antes de los trescientos días (plazo máximo de gestación). Según Fernández Clérigo la ciencia moderna admite la posibilidad de gestaciones que excedan de los 300 días, y el Código Alemán ha extendido el límite máximo a 302 días, por lo que los juristas establecen que se trata de una presunción *iuris et de iure*; los médicos legistas afirman que debe admitirse prueba en contrario, pero nunca para privar de la legitimidad al hijo nacido dentro de aquellos términos, pues la presunción sólo puede ser combatida con los medios taxativamente indicados por el legislador.<sup>(15)</sup>

La importancia de esta presunción es que marca aproximadamente la época de la concepción, la cual debe ser los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Por ejemplo, si una persona nace el día primero de

---

(15). Fernández Clérigo, L. Ob. Cit. P. 189.

diciembre, el período de concepción se extenderá cuatro meses, del primero de febrero al primero de junio, aunque por lo general la concepción se realizará los primeros días de marzo.

Si bien es cierto que los hijos nacidos durante las plazos señalados por la ley, están amparados por la presunción de tener por padre al marido de la madre, también es cierto que los hijos nacidos fuera de dichos plazos, se encuentran dentro de dicha presunción de legitimidad, a menos que el marido u otras personas facultadas para ello los desconozcan.

La legitimidad en los casos de matrimonio nulo, se rige por la época de concepción. Suponiendo que la nulidad se declare después de dicha concepción; jamás opera retroactivamente en perjuicio del hijo para arrancarle la calidad de hijo legítimo, aunque ya se hubiere iniciado la demanda, más no ocurre lo mismo, si el hijo es concebido una vez pronunciada la sentencia. A este efecto reza el artículo 255 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal:

"Art. 255.-El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o desde su separación en caso contrario."

De lo anterior se desprende que se consideran hijos del marido, salvo prueba en contrario, los que han nacido a luz la mujer casada, dentro del matrimonio; el hijo ya no tiene que probar quien es su padre, porque el Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece la presunción de que se considera como padre del hijo al marido con quien ella vivía maritalmente durante la época de la concepción. Sin embargo, cabría mencionar que el nacido dentro de los plazos legales puede a pesar de todas las presunciones no ser hijo del marido de la madre y surge entonces la posibilidad de entablar la acción de impugnación de la legitimidad. Cuando el marido prueba la imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento como lo prescribe el artículo 325 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reitera lo anterior al anotar la siguiente Jurisprudencia:

**"FILIAION LA SIMPLE NEGATIVA DE LA PATERNIDAD NO PUEDE DESTRUIR LA PRESUNCION DE QUE SON HIJOS DE LOS CONYUGES.** La presunción legal establecida en la fracción I del artículo 324 del Código Civil, que establece que se presumen hijos de los conyuges los nacidos después de los ciento ochenta días corridos desde la celebración del matrimonio, de ninguna manera puede destruirse la simple negativa de la pa-

ternidad; tan es así, que el propio legislador ha dispuesto en el artículo 325 del mismo cuerpo de leyes, que contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento; prueba que indudablemente sólo podrá rendirse dentro del juicio contradictorio a que se refieren los artículos 335 y 336.<sup>(10)</sup>

Los casos para determinar que ha habido imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer, debe de ser constante y continua durante el intervalo señalado en el precepto, es decir, que no sea interrumpido, como lo es por ejemplo la prisión y la impotencia natural del marido anterior al matrimonio y durante la presunta época de concepción.

Del artículo 158 del ordenamiento ya citado se desprende que si la viuda contrae nuevas nupcias antes de transcurrir diez meses contados a partir de la disolución del anterior; así mismo tratándose de matrimonio nulo, a no ser que ya hubiere dado a luz, puede suceder que el hijo que nace durante el segundo matrimonio fué concebido en el primero.

En este sentido el artículo 334 del ordenamiento multicitado resuelve el problema antes planteado, el cual literalmente menciona:

---

(10). Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 73  
Cuarta Parte. Enero, 1975. Tercera Sala. P. 119.

"Art. 334.-Si la viuda, la divorciada, o aquella cuyo matrimonio fuere nulo, contrajere nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el articulo 158, la filiación del hijo que naciere despues de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:"

"I.-Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;"

"II.-Se presume que el hijo es del segundo marido si nace ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio."

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar previamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye."

"III.-El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y despues de trescientos días de la disolución del primero."

Antonio Cicu analiza los casos a que alude el

Código Civil Italiano al mencionar que:<sup>(17)</sup>

Los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio; dice la primera teoría que el segundo marido debe de asumir la paternidad del hijo, lo cual no es correcto, porque suele ocurrir que el segundo marido ignore el matrimonio anterior, y agrega Cicu que la legitimidad no se apoya en el nacimiento, sino en la presunta época de concepción, como lo es igualmente en la actual legislación mexicana.

La segunda teoría pugna por la facultad que debe darse al hijo para elegir entre los dos padres, lo cual resulta inaceptable, pues no es posible que una persona pueda escoger su propio estado.

y por último, los partidarios de la tercera teoría pugnan por que la cuestión relativa a la paternidad habrá de ser resuelta por los tribunales.

Ahora bien, cuando el hijo nace antes de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del segundo matrimonio. Surge entonces, la colisión entre la presunción de paternidad del primer marido y la presunción de reconocimiento hecha por el segundo. En esta situación hay que distinguir dos casos: el del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la fecha de disolución del primer matrimonio y el del nacido después de ese periodo.

---

(17). Cicu, A. Ob. Cit. P. 47.

En el primer caso desde los ciento ochenta días a los trescientos (período legal de concepción) transcurrieron dentro del primer matrimonio, por lo tanto, el hijo no puede pertenecer al segundo marido. En la segunda hipótesis, no cabe duda de que el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, no podrá ser válidamente reconocido como hijo natural: la presunción de paternidad del marido solamente puede ser destruida, ya sea por el marido o bien, por sus herederos.

#### 1.5. ACCIONES RELATIVAS A LA FILIACION MATRIMONIAL.

Estas acciones son dos en razón de los sujetos relacionados con el lazo de filiación. La primera es con respecto al padre y se denomina *ACCION DE DESCONOCIMIENTO O CONTRADICCION DE LA PATERNIDAD*.

El padre tiene derecho en muy limitadas circunstancias a desconocer la paternidad, así mismo la ley otorga esta acción a terceros interesados en las consecuencias derivadas de la filiación.

Al respecto anota Antonio de Ibarrola en su libro "Derecho de Familia" la siguiente definición de desconocimiento de la paternidad: "La acción en virtud de la cual se niega a un hijo la calidad de legítimo se llama en nuestro derecho *acción de desconocimiento de la paternidad*. Presupone que la filiación del hijo (es decir, la determinación de quién es su

padre y quién es su madre) no entra en juego y que el litigio versa exclusivamente sobre la legitimidad o ilegitimidad."<sup>(18)</sup>

Pero entre nosotros, interesa saber sobre todo quién es el padre de una persona, puesto que actualmente ha desaparecido la diferencia de los derechos concedidos al hijo matrimonial y al hijo nacido fuera de matrimonio.

La acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad tiene como fin destruir la presunción de paternidad del marido, respecto de los hijos nacidos de su esposa, cuando nazcan después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio o antes de trescientos días de disuelto el vínculo matrimonial.

El desconocimiento de la paternidad ha sido definido por Planiol y Ripert, como "el acto que tiene por objeto anular la presunción de paternidad establecida contra el marido en los casos en que éste no puede ser padre del hijo."<sup>(19)</sup>

En cuanto al hijo nacido de mujer casada, antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y después de trescientos días en que se interrumpió la cohabitación de los esposos, la legislación no establece presunción de legitimidad, el padre sólo tendrá que negar que es el padre de tal hijo, con

---

(18). Ibarrola, Antonio, de. Ob. Cit. P. 309.

(19). Planiol, Marcel y Ripert, Jorge. Tratado de Derecho Civil Francés. T. II. La Familia. Matrimonio, Divorcio y Filiación. Edic. 1a. Ed. Cultural S.A. La Habana, 1946. P. 612.

la excepción a que se refiere el artículo 228 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, cuando el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio:

"Art. 228.-El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio;"

"I.-Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito."

"II.-Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fué firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;"

"III.-Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;"

"IV.-Si el hijo no nació capaz de vivir."

Consideramos que el precepto antes citado, consagra una ampliación del artículo 324 del mismo cuerpo de leyes, que establece una presunción de legitimidad, pues aún cuando el hijo haya nacido dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la fecha de celebración del matrimonio, se considerará legítimo si concurre alguna de las circunstancias ya mencionadas.

Cabría comentar que para el funcionamiento de la hipótesis de que el marido supo antes del matrimonio, del embarazo de su futura consorte, el legislador exige un principio de

prueba por escrito; quizá bastara que se probara por los medios de prueba idóneos y no necesariamente que exista un escrito donde el marido diga que sabía del embarazo de su mujer.

Tratándose de hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, existe una presunción de legitimidad casi absoluta. Ya hemos explicado que el marido solamente podrá imputar la paternidad, cuando demuestre la imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento del hijo. Acreditada la falta de relación en ese lapso, queda descartada la posibilidad de que el marido sea el autor del embarazo, porque restándole los ciento ochenta días a los trescientos, quedarían ciento veinte días y lógicamente si no se tuvo relación en esa época, no podría entonces imputársele la paternidad al marido de la madre. Contra esta presunción añade Valverde que la clara y precisa redacción de esta prueba en contrario, evita las dudas y dificultades que existían antes sobre las causas y motivos bastantes para no presumir la legitimidad y en el derecho romano se habla de algunas, como son la ausencia o impotencia del marido, pero no basta cualquier circunstancia, como la declaración del marido, sino que era necesario la prueba para justificar la presunción *pates is est.*, era contraria a la realidad, no importa que sea la ausencia o impotencia, lo que importa es que se pruebe fehacientemente la imposibilidad física de tener acceso carnal con su mujer.

Así mismo, la diferencia de raza, no es causa para negar la legitimidad del hijo, ya que el Código en su texto no autoriza esa interpretación extensiva, por lo mismo que no admite otra prueba en contrario de la presunción señalada en el párrafo anterior.<sup>(20)</sup>

Otro caso en que el marido puede impugnar la legitimidad del hijo, se refiere al adulterio de la madre con ocultación del hijo. Aunque la madre confiese el adulterio, no por eso el hijo deja de ser del marido, la prueba de la confesión por parte de la demandada no puede afectar al hijo; se requiere que el nacimiento del hijo se le haya ocultado o que el marido demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su mujer.

Comentando el artículo 327 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal se desprende otra hipótesis más en que el marido puede desconocer la paternidad, es para los casos de separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad de matrimonio, el marido podrá desconocer al hijo que haya nacido de su esposa, a partir del primer día después de los trescientos en que haya iniciado la separación mencionada; sin embargo el hijo o su tutor, podrán llevar el

---

(20). Valverde y Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil --  
Espanol. Edic. 2a. T. IV. Ed. Talleres Tipográficos, Cues-  
ta Valladolid, 1921. PP. 387 y 389.

asunto a juicio, para que el juez determine si el marido es o no el padre de ese hijo.

En este caso las acciones relativas a la paternidad en el caso anteriormente señalado podrán intentarse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación. (art. 329).

Analizando el artículo 328 del Código Civil citado, Julián Guitrón Fuentesvilla anota que para el desconocimiento de un hijo, es necesario que éste haya nacido viable. Si nace no viable o muerto se considera que nunca ha existido, por lo que el desconocimiento sería inútil, produciendo como único resultado la deshonra de la madre, y aunque la ley establece esta condición a un caso particular de desconocimiento (art. 328 4.ª fracción). A pesar de su alcance limitado, tal disposición debe extenderse a todos los demás casos, por hallarse de acuerdo con los principios generales.<sup>(21)</sup>

Del artículo 330 del ordenamiento ya citado, se desprende que el marido tiene la acción de impugnación de la paternidad, sin embargo, vemos que esta acción puede ser ejercitada por otras personas, y al respecto el artículo 331 del mismo cuerpo de leyes establece que:

"Art. 331.-Si el marido está bajo tutela por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que

---

(21). Guitrón Fuentesvilla, J. Ob. Cit. Vid. art. 328 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

lo prive de inteligencia, este derecho puede ser ejecutado por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento."

Lo curioso del caso anteriormente mencionado asevera Sara Montero, consiste en que si uno de los cónyuges requiere de tutor a causa de incapacidad, la tutela legítima caerá sobre el otro cónyuge, si el marido es el incapacitado, será tutriz legítima su esposa. Para este caso de desconocimiento de la paternidad, le correspondería a la esposa demandar el desconocimiento de su propio hijo, lo cual resulta absurdo.<sup>(22)</sup>

De acuerdo con los artículos 330, 331 y 332 del multicitado ordenamiento, cuando el marido salga de su incapacidad podrá ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad en un plazo de sesenta días, si el tutor no la hubiere ejercido. En el caso de que el marido muera sin recobrar su capacidad, podrán sus herederos ejercitar dicha acción, cuando el marido estuvo privado de la razón, en la época del nacimiento del hijo cuya filiación es dudosa.

---

(22). Montero Duhalt, S. Ob. cit. p. 274.

La segunda acción relativa a la filiación matrimonial, es en relación con el hijo, por lo que se llama *ACCION DE RECLAMACION DE ESTADO DE HIJO LEGITIMO*.

Asevera Rojina Villegas que "cuando una persona carece de las actas del Registro Civil que dan prueba plena de su estado, cuando la calidad de filiación le sea disputada por terceros. En este caso, la ley otorga al hijo y a otros interesados la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio"<sup>(23)</sup>

Así mismo, nos señala cuatro casos en los que procede la acción de reclamación de estado, así como sus características, que en lo sucesivo trataremos de analizar:<sup>(24)</sup>

- Cuando falta al hijo su acta de nacimiento y además no tiene posesión de estado.
- Cuando falta el acta de nacimiento, pero el hijo sí tiene la posesión.
- Cuando falta la posesión de estado, pero el hijo tiene acta de nacimiento y:
- Cuando hay contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.

El primer caso se refiere a la falta absoluta de acta de nacimiento que relacionada con la del matrimonio de

---

(23). Rojina Villegas, R. Ob. Cit. P. 660.

(24). Ibid. PP. 671 y ss.

los padres acreditan la filiación matrimonial; ni la posesión de estado, que como lo veremos mas adelante, tiene un valor supletorio del acta de nacimiento.

Parecería que el hijo en esas condiciones, no podría concedérsele acción para reclamar su estado de hijo legítimo, es decir, pretende acreditar que una mujer dió a luz, después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio. En efecto, esta investigación de la maternidad se permite en determinadas circunstancias, y una vez que se logre comprobar la filiación materna, es decir, que una mujer casada dió a luz un determinado hijo, se le imputará la filiación al esposo de la madre.

En consecuencia el artículo 341 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal permite que a falta del acta de nacimiento, se pruebe la filiación legítima con la posesión de estado y si esta tampoco existiese; se acreditará con otras pruebas.

Textualmente el precepto agrega:

"Art. 341.-A falta de actas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por

escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión."

"Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de este deberá tomarse la prueba, sin admitirse de otra clase."

El segundo caso se refiere a que el hijo carece de acta de nacimiento, pero tiene a su favor la posesión de estado.

Normalmente el hijo que se encuentra en esta situación, tiene un título, porque hemos mencionado que la posesión de estado vale como tal, aunque no es perfecta, pues puede impugnarse. Aunque cabe señalar que la persona que se encuentra en esta situación, no tiene porque ejercitar una acción de reclamación, sino en el caso de que se pretenda desconocer la calidad de hijo en un juicio testamentario.

Una tercera situación se presenta cuando el hijo sólo tiene el acta de nacimiento, pero no la posesión de estado. El acta de nacimiento aunada con el acta de matrimonio de los padres es prueba suficiente para acreditar la filiación matrimonial, sin embargo, puede impugnarse por algún interesado, considerándola falsa y puede seguirse un juicio que tenga por objeto desconocer el acta de nacimiento.

Al efecto el artículo 277 del Código Penal con la denominación general de "delitos contra el estado civil" san-

siona con prisión de uno a seis años y multa de cien a mil pesos a "los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

"I.-Atribuir un recién nacido a mujer que no sea realmente la madre "

De las pruebas rendidas en la investigación penal se llega al conocimiento de que un acta es falsa, por tanto, con la obtención de una sentencia favorable en materia penal, ya no sería necesario iniciar un juicio en el orden civil para que al igual que la primera declare la falsedad del acta de nacimiento. Aunque debemos aclarar que aun existiendo una sentencia penal debe seguirse un juicio civil previo, para que se desconozca la calidad de hijo matrimonial. Es entonces, cuando surge la posibilidad de que esa persona se vea obligada a reclamar el estado de hijo que le otorga su acta de nacimiento, precisamente porque ésta ya se ha impugnado de falsa penalmente.

Y por último hacemos referencia al caso en que existe contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.

El acta de nacimiento establece que el hijo tiene determinados padres, mientras que la posesión de estado demuestra que el hijo tiene otros padres.

La ventilación de este conflicto deberá tramitarse en un juicio civil, donde se ejerciten acciones recíprocas, por una parte los padres que aparecen en el acta de nacimiento

denandan a los padres que han dado el trato de hijo y estos a su vez pueden contrademandar. Por lo que el juez deberá resolver, tomando en cuenta el conjunto de pruebas, pero partiendo siempre del principio de que el acta de nacimiento es título preferente a la posesión de estado, a menos que se demuestre la falsedad de aquella.

La acción para reclamar el estado de legitimidad, es imprescriptible para el hijo que pretenda haber nacido dentro del matrimonio y para sus descendientes. Los demás herederos del hijo, podrán también intentar la acción de reclamación de estado, cuando éste haya muerto antes de cumplir veintidós años o cuando habiendo caído en demencia antes de esa edad, murió después en el mismo estado. Asimismo, los herederos podrán intentar la acción judicial que el hijo haya intentado, a menos que ya se hubiere desistido formalmente de dicha acción, o no haya promovido nada en un año contado a partir de que se hizo la última promoción. También excepcionalmente los acreedores, legatarios y donatarios tendrán la misma acción, en los mismos términos, cuando el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles; cuya acción en dicho caso prescribe en cuatro años contados a partir del fallecimiento del hijo. (art. 347, 348, 349, 350 y 351 del Código Civil).

La acción de reclamación de estado de hijo legítimo, goza de las siguientes características:

La primera se refiere a la imprescriptibilidad de la acción de reclamación de estado para el hijo y sus

descendientes. mas no así para sus demás herederos, acreedores, legatarios y donatarios, porque el artículo 347 al que ya hicimos alusión, declara que la acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible, para él y sus descendientes. En efecto, no sólo durante la vida del hijo podrá reclamar su estado, sino también lo podrán hacer sus descendientes sin limitación de grado, según los casos que ya analizamos, ya sea porque aquel tuvo la posesión de estado o bien, se quiere contradecir o impugnar su acta de nacimiento.

La segunda característica se refiere al carácter personalísimo de la acción de reclamación de estado. Al igual que la acción de desconocimiento de la paternidad, en la que el marido es el único que puede impugnar la legitimidad mientras él viva, igualmente esta acción es personalísima durante la vida del hijo; perdiendo dicho carácter a su muerte.

Por último mencionamos el carácter intransigible de esta acción. Según reza el artículo 338 del ordenamiento en cuestión:

"Art. 338.-No puede haber sobre la filiación, transacción, ni compromiso en árbitros."

Consistiendo la transacción en un contrato por el que las partes haciéndose mutuas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. (art. 2044 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal).

El problema relativo a la filiación afecta al estado civil de las personas, por lo tanto, no cabe la posibilidad que se deje a favor de los padres o herederos hacerse mutuas concesiones, para decidir si una persona es o no hijo de su padre o madre, o de ambos, y lo mismo ocurre en cuanto a la prohibición de compromiso en árbitros, pues erróneamente podría someterse a la decisión de un juez privado el problema de plantear si un hijo es del marido de la madre o no.

#### 1.6. PRUEBAS DE LA FILIACION MATRIMONIAL.

La prueba de la filiación matrimonial coincidiendo con la opinión de Sara Montero es importantísima para la vida civil de las personas, pues de ella se desprenden dos cuestiones fundamentales, la primera se refiere a la identificación del sujeto a través del nombre que la individualiza y la segunda es una relación de parentesco con sus progenitores, así como con otros sujetos. Lo que lleva consigo algunas consecuencias jurídicas de la filiación matrimonial como son: el derecho a llevar el apellido del progenitor, el derecho a recibir alimentos y el derecho a participar en la herencia.<sup>(25)</sup>

Por su parte Fernández Clérigo al respecto anota que la prueba más concluyente de la filiación matrimonial es la

---

(25). Montero Duhalt, S. Ob. Cit. P. 274.

inscripción del nacimiento del hijo en el Registro del Estado Civil, estableciendo en ella tal condición. La inscripción del hijo en concepto de matrimonial confiere un estado, una posición en la familia y en la sociedad, que solamente puede destruirse destruyendo el título en que consta, por lo que ninguna persona podrá desconocer el estado que ese título proclama."<sup>(26)</sup>

Esta es la eficacia de esa pública y auténtica demostración, que el profesor Antonio Cicu ha denominado certeramente título de estado.<sup>(27)</sup>

Existen dos pruebas relativas a la filiación matrimonial, ahondaremos en cada una de ellas, empezando por la prueba preferente que es el acta de nacimiento:

#### a) ACTA DE NACIMIENTO

Es la prueba preferente de la filiación matrimonial, la cual aunada al acta de matrimonio de los padres, prueba fehacientemente dicha filiación, como se desprende del artículo 340 de nuestro Código Civil.

Observamos que mediante el acta de nacimiento se prueba que los padres están o estuvieron casados, y con el acta de matrimonio se confirma que el hijo fue concebido durante los plazos legales establecidos.

---

(26). Fernández Clérigo, L. Ob. Cit. P. 196.

(27). Cicu, A. Ob. Cit. P. 29.

El autor Antonio Cicu en su conocida obra LA FILIACION, nos habla acerca de la eficacia probatoria del acta de nacimiento:<sup>(28)</sup>

Si bien es cierto, que el acta de nacimiento de un hijo legítimo acredita el hecho del parto y la maternidad; más no acredita el matrimonio de los padres, el nacimiento dentro de éste, la paternidad y la identidad, que son también supuestos de la legitimidad de los cuales el primero exige un título, que es precisamente el acta de matrimonio, mediante ciertas presunciones legales y por último la identidad que debe ser probada por el hijo que presenta el acta de nacimiento, es decir, que esa acta es precisamente la de él, por lo que deberá corresponder la edad, el sexo y el nombre. Este último deberá ser el mismo que va consignado en el acta de nacimiento que exhibe y lo podrá probar con testigos que asistieron al parto.

Siendo el acta de nacimiento la prueba preferente para acreditar la filiación matrimonial y siendo en principio la única manera de acreditar el estado civil de las personas, podría suceder que fante el acta de nacimiento, por lo que la ley prevé tal situación y establece en el artículo 341, el cual ya ha quedado transcrito, que a falta de las actas de nacimiento será prueba supletoria para demostrar la filiación matrimonial la posesión de estado que estudiaremos en el siguiente inciso:

---

(28). Ibid. PP. 29 y ss.

## b) POSESION DE ESTADO

De manera breve y concisa Fueyo Laneri define a la posesión de estado como "el goce y el ejercicio de un estado civil determinado en su manifestación en los hechos independientemente de la existencia o inexistencia del título legal."<sup>(29)</sup>

Del artículo 341 ya analizado, se desprende que la posesión de estado es el medio idóneo a falta de las actas para probar la filiación legítima. Sobre la posesión de estado el autor Planiol en su obra ya citada nos dice:

Que la ley atribuye al hecho de la posesión un papel absolutamente notable y nos pone el ejemplo de un poseedor de una casa, el cual por este solo hecho no prueba que sea propietario de dicha casa, bien podrá conservar la posesión, hasta que una persona pruebe que es su propiedad.<sup>(30)</sup>

Creemos que el citado autor no tiene razón del todo, porque hay que plantear que estamos hablando de que la posesión de estado es el medio idóneo para probar la filiación matrimonial, a falta del acta del Registro Civil. Y el autor se refiere a la suspensión del mantenimiento de la posesión, por la acreditación de la propiedad, es decir, que existe un título.

---

(29). Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil. T. VI. Vol. III. - Derecho de Familia. Edic. 1a. Ed. Imp. y Lito. Universo. Santiago de Chile, 1959. P. 680.

(30). Planiol, M. Ob. Cit. P. 125.

Haciendo una paradoja entre el hijo que carece del acta de nacimiento y el poseedor que también carece de un título, que es el de propiedad, mencionaremos al poseedor de un predio que desea adquirir mediante la prescripción, por lo que antes de iniciar la acción, deberá obtener un certificado de no inscripción, lo que nos va a dar certeza de que no hay título a favor de persona alguna, y por tanto dicho poseedor de buena fe, se convertirá en propietario. Con este comentario, cuando el hijo pretenda tener una filiación matrimonial lo hará mediante la posesión de estado, si es que carece del acta de nacimiento.

Añade Marcel Planiol que la ley funda en ella la prueba presuncional, ya que la posesión a falta del acta de nacimiento prueba la filiación del hijo y puede obtener a través de ésta todas las consecuencias jurídicas que se desprenden de la calidad que pretende tener, por la razón de que en la mayoría de los casos, los hechos concuerdan con el derecho. Ahora bien, cuando dos personas se encuentran verdaderamente casadas y cuidan a un menor como hijo suyo, debido a que son ellos mismos los que están dando la posesión; son rarísimas las probabilidades de error. (31)

De acuerdo con el Italiano Antonio Cicu, nunca podrá prevalecer la posesión de estado sobre el acta de nacimiento. Es decir, que aquella persona que invoca la posesión de

---

(31). Loc. Cit.

estado, tiene un acta de nacimiento, ésta prevalecerá sobre la primera, a menos que se haya demostrado su falsedad. Por lo que esta situación demuestra que en materia de posesión de estado de hijo legítimo, no existen los mismos principios que en materia de posesión de las cosas.<sup>(32)</sup>

La posesión de estado se configura con tres elementos a saber: el nombre, el trato y la fama.

El primer elemento queda expuesto en el precepto del artículo 343 de nuestro actual Código Civil, cuando prescribe que si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado si además existe el nombre y el trato.

El nombre es el segundo elemento que consiste en que el hijo haya usado constantemente el apellido del padre, con el consentimiento de éste.

Y por último se exige el trato, es decir, que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, velando por su subsistencia, educación y establecimiento.

Existe una tercera fracción, en la cual se requiere que el presunto padre tenga dieciséis años, más la edad del hijo, cuya filiación se pretende demostrar.

---

(32). Cicc, A. Ob. Cit. P. 94.

## CAPITULO SEGUNDO

### LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

#### 2.1. CONCEPTO Y GENERALIDADES

En el Derecho romano solamente se consideraban como naturales los hijos nacidos de concubinato, siendo la concubina mujer única, que vivía con el hombre en casa de éste y sin apartarse de él, los hijos nacidos de otra unión, aunque sus padres fuesen solteros y libres y sin impedimentos para casarse, no eran naturales, sino espurios, pero el hijo natural no precisaba tener tal carácter del reconocimiento del padre, que era innecesario, dado que el concubinato tenía carácter legal y la paternidad resultaba conocida.

Según las partidas, hijo natural era el tenido con barragana, unión semejante a la del concubinato romano, por lo que tampoco se exigía el reconocimiento por el padre para otorgarle tal carácter. Este concepto del hijo natural cambió por virtud de la Ley II de Toro, como en su tiempo ya la moral pública no tolera la barraganía, consideró como hijos naturales los nacidos de cualesquiera padres siempre que pudiesen casarse justamente y sin dispensación en el momento de la concepción o en

el del parto, alterando así el concepto de toda la legislación anterior, que sólo atendía al momento de la concepción. Por virtud de tal alteración podía tener la condición legal de naturales, los hijos adulterinos, para que en el momento del nacimiento los padres fueran libres; y como los hijos naturales podían ser legitimados por subsiguiente matrimonio, por lo que resultaba que los hijos adulterinos pasaban a ser legitimados.

Posteriormente se prohibió por la ley 2a. título 15 de la partida 4a. y 3a., finalmente, en atención a que ya no se concedían efectos legales de la barraganía exigió la ley para que el hijo se considerase como natural, que fuese reconocido por el padre. De ese modo quedó fijado el siguiente concepto de hijo natural: "el habido en cualquier género de unión no matrimonial, siempre que los padres tuvieran capacidad para contraer matrimonio, sin necesidad de dispensa en el momento de la concepción o el del parto y fuese reconocido por el padre."

El proyecto de Código de 1882 de España cambió este concepto. Según estos son hijos naturales: "los nacidos fuera de matrimonio de padres que, al tiempo de la concepción de aquellos pudieran casarse con dispensa o sin ella."

La ley de Relaciones Familiares de 1917 suprimió el concepto anterior diciendo simple y llanamente que "la filiación natural es el lazo que une al niño nacido fuera de matrimonio a su padre, por una parte, y a su madre, por la otra."

La filiación extramatrimonial a diferencia de la filiación matrimonial, se establece entre los hijos y los padres, cuando éstos últimos no se encuentran unidos por el vínculo matrimonial.

Rojina Villegas define a la filiación extramatrimonial como "el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Esta situación se ha considerado tradicionalmente en dos formas:"

a)"Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias si los padres del hijo natural pudieron legalmente celebrar matrimonio, por no existir ningún impedimento, y b) una relación ilícita si los padres estaban legalmente impedidos para celebrarlo, por virtud del parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos, dado que entonces los hijos habidos en esa unión se consideraban incestuosos o adulterinos."<sup>(22)</sup>

En el derecho europeo se coloca a los hijos naturales en una condición jurídica de inferioridad frente a los legítimos, a diferencia de nuestro derecho que admite la equiparación de ambas categorías, requiriendo solamente que se pruebe debidamente la filiación natural.

---

(22). Rojina Villegas, R. Ob. Cit. P. 702.

Al respecto Antonio Cicu en su conocida obra LA FILIACION hace la siguiente observación de la filiación extramatrimonial, diferenciándola con la filiación matrimonial:

La filiación extramatrimonial en el caso de que no haya sido legitimada, puede obtener un estado de filiación, siempre y cuando sea reconocida voluntariamente por los padres o comprobada judicialmente, en un juicio de investigación de la maternidad o paternidad; siempre que el reconocimiento y comprobación sean legalmente posibles, es decir, siempre que no se trate de filiación adulterina o incestuosa, cabe mencionar que en nuestra actual legislación, no existe la filiación adulterina o incestuosa.

El estado de filiación extramatrimonial difiere del estado de filiación legítima, (no en el caso de México en la actualidad, y en otros muchos países) por los limitados efectos que produce no se dá en él la pertenencia del hijo a una familia, y lógicamente tampoco se da con los parientes y afines de los padres, hay solamente una relación aislada entre el hijo y el o los que lo reconozcan, aunque se haga el reconocimiento o la comprobación con respecto a ambos padres, existen dos relaciones independientes una de la otra.

Así mismo, en la filiación extramatrimonial no se consideran aplicables los principios y normas que regulan la

filiación matrimonial.

El título de estado es distinto, de distinto carácter. Pues en la filiación matrimonial, dicho título es el acta de nacimiento, o en su defecto, la posesión de estado; en cambio en la filiación extramatrimonial es el acta de reconocimiento.<sup>(84)</sup>

## 2.2. CONDICIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO

Si observamos nuestra actual legislación, vemos que sólo distingue a hijos nacidos dentro del matrimonio y fuera del matrimonio y de hecho se les concede idénticos derechos, como son la prestación de alimentos, los derechos sucesorios y el derecho a llevar los apellidos de sus progenitores, sin embargo esta situación no siempre se ha dado. En nuestras antiguas legislaciones y actualmente en otros países se diferencian a los hijos por su origen.

Para conocer nuestro pasado reciente haremos un breve esbozo acerca de la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio a partir de la época independiente analizando las obras de Sara Montero y Planiol y Ripert:<sup>(85)</sup>

(84). Cicu, A. Ob. Cit. P. 241 y 242.

(85). Montero Duhalt, S. Ob. Cit. PP. 283. Vid Planiol, M. y -  
Ripert, J. Ob. Cit. PP. 504 a 508 y 710.

El cuadro legislativo en cuanto a las relaciones familiares primeramente fueron las Partidas, en las cuales, se hace la distinción entre los hijos legítimos y naturales. Los legítimos son los que nacen de padre y de madre que son casados verdaderamente según manda la iglesia.

Son naturales los que no nacen de casamiento según la ley. Estos a su vez, se subclasifican, en simplemente naturales los que nacen de barragana, o sea, mujer soltera a quien el hombre tiene como amiga, viviendo o no con ella.

Llama *fortezinos* a los que nacen de adulterio o *son fechos de parienta* (los después llamados incestuosos), o en mujeres de orden, son hechos contra ley, o contra razón natural.

Los *mánceres* porque fueron malamente engendrados.

Otra denominación son los llamados con el vocablo latino *spurii* que eran los nacidos de barraganas que los hombres tienen fuera de sus casas y que se dan a otros hombres.

Y por último los llamados *notos* nacidos de mujer casada, pero adúltera.

En términos generales la condición de los hijos naturales era inferior a la de los legítimos, pues no gozaban de los honores y beneficios de los segundos mencionados.

Es decir, para la legislación en análisis con excepción de los hijos simplemente naturales, los llamados ilegítimos, en sus diferentes denominaciones no podían tener honores ni dignidades, así como tampoco podían gozar del derecho hereditario.

Las partidas se referían también a la legitimación, la cual iguala la condición del hijo natural con la del nacido de matrimonio, y podía hacerse de varias formas que veremos más adelante, en el apartado correspondiente a la legitimación.

Pasando al Derecho canónico diremos que en lo relativo a las relaciones familiares se aplican paralelamente las leyes de la Partida.

Seguido a esto hubo la necesidad de crear un Código Civil y se creó entonces el primer Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California de 1870, en el cual la comisión creyó que el respeto a la familia, la tranquilidad y la armonía de los matrimonios exigían que no se hiciese constar el nombre de los padres, sino en el caso de que éstos lo pidiesen, prohibiéndose absolutamente que constaran el nombre del casado si el hijo fuere adulterino y el del padre soltero, si la mujer es casada y vive el marido. Por otra parte se reguló la legitimación que únicamente se concedía en favor de los hijos naturales, y sólo por subsiguiente matrimonio.

Vemos un gran avance, sin embargo se establecen tres calidades de hijos: los legítimos, naturales y espurios, y sus derechos iban en orden descendente. En cuanto a la investigación de la paternidad, ésta se prohibió totalmente, con las únicas excepciones de que el hijo fuera producto de los delitos de raptó y violación, o el de hallarse el hijo en posesión de estado.

Posteriormente el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884, es casi una copia textual del de 1870, con una modificación, respecto en el establecimiento de la libre testamentifacción extinguiendo la legítima forzosa, pero manteniendo en la testamentaría legítima el orden descendente de los hijos por razón de su origen.

La ley sobre Relaciones Familiares de 1917 eliminó las denominaciones que se les daba a los hijos de acuerdo a su origen, es un gran avance, pero fue enormemente retrógrada en los derechos que se les otorgaba a los hijos extramatrimoniales sólo se les daba el derecho a llevar el apellido del que lo hace y no así derechos testamentarios y a ser alimentado por el que lo reconoce, estos dos últimos beneficios fueron otorgados por el Código de 1928.

En el derecho actual ha perdido importancia la calidad de primogénito, primero de los nacidos, al desaparecer los mayorazgos que atribuían preferencia fundamentalmente en las sucesiones en favor del primogénito.

Haremos un cuadro de la condición de los hijos naturales, (término desaparecido actualmente en nuestra legislación) en el antiguo derecho español, para darnos una idea de los efectos menos completos.

He aquí el cuadro:

-El hijo natural lleva el nombre de su padre, si éste lo ha reconocido; o el de la madre si no ha sido reconocido más que por ésta.

-La carga de la patria potestad, porque más que un beneficio es una carga para el que la tiene; en cuanto a los hijos extramatrimoniales encontramos un beneficio, pero un poco disminuido.

-La obligación de alimentos existe entre el hijo y sus padres naturales.

-El hijo natural hereda de sus padres, pero no así de los ascendientes de sus padres, ni a la de otros colaterales, a su vez, el hijo natural si puede heredar a sus padres cuando estos mueran antes que él, asimismo a sus hermanos naturales.

### 2.3. LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y REQUISITOS FORMALES

El reconocimiento voluntario que más adelante veremos, es un medio de prueba de la filiación extramatrimonial de acuerdo con la aseveración de Ignacio Galindo Garfias, el cual

nos señala en su obra que el reconocimiento voluntario de un hijo "es el acto en que cualquiera de los progenitores o ambos declaran que una persona es hija del declarante."<sup>(36)</sup>

Antonio de Ibarrola al respecto anota que "en nuestro derecho el reconocimiento es a la vez un modo de prueba del lazo de filiación y un acto de voluntad que crea ese lazo"<sup>(37)</sup>

Asimismo el autor en cita otorga tres características al reconocimiento, comparándolo con la confesión.<sup>(38)</sup>

-El reconocimiento es un acto individual que no afecta más que al padre que lo hace. El artículo 366, establece este principio al mencionar que:

"Art. 366.-El reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor."

-El reconocimiento es un acto declarativo. Por lo tanto se retrotrae al día del nacimiento. Notemos que el menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejercen sobre él la patria potestad o de la persona bajo cuya

---

(36). Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Edic. 5a. Ed. Porrúa. Mexico, 1987. P. 639.

(37). Ibarrola, A. de. Ob. Cit. P. 304.

(38). Loc. Cit.

tutela se encuentra, o a falta de ésta, sin la autorización judicial. (art. 362).

-El reconocimiento es un acto irrevocable. Al efecto señala el artículo 367 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal:

"Art. 367.-El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento."

Los elementos del reconocimiento de acuerdo con Rojina Villegas son los siguientes: a) es un acto jurídico; b) unilateral o plurilateral; c) solemne; d) por virtud del mismo, el que reconoce asume todos los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre en relación al hijo. (89)

-El primer elemento consiste en que el reconocimiento es un acto jurídico, lo cual no es aceptado generalmente por la doctrina, porque se dice que en verdad el reconocimiento no crea derechos y obligaciones, sino que es el vínculo consanguíneo el que los crea. En el acto jurídico, por virtud del acto mismo, es decir, exclusivamente por virtud de la voluntad de su autor, se crea una situación que antes no existía.

No es la voluntad del padre o de la madre, la que crea las obligaciones, sino que son impuestos por la ley, en

---

(89). Rojina Villegas, R. Ob. Cit. PP. 727 y ss.

virtud del vínculo consanguíneo. Por lo que el reconocimiento sólo es un medio de prueba y no un acto creador de derechos y obligaciones. Sin embargo, puede existir un reconocimiento, sin que exista el vínculo consanguíneo, ya que la ley no exige previamente prueba que acredite la paternidad.

-El reconocimiento es un acto jurídico unilateral o plurilateral. En virtud de que el reconocimiento puede realizarse por una sola manifestación de voluntad o pueden intervenir en su celebración varias declaraciones de voluntad.

Será un acto jurídico unilateral cuando el padre o la madre presenten al hijo ante el oficial del Registro Civil, dentro del término que la ley concede para levantar el acta de nacimiento, es decir, quince días al padre y cuarenta a la madre contados a partir de la fecha del alumbramiento.

En cambio, el reconocimiento del hijo será un acto plurilateral por el solo hecho de no presentar al hijo para su registro dentro del término legal, o bien, habiéndolo presentado, no se hizo su reconocimiento en el acta correspondiente.

-El reconocimiento es un acto solemne.

La solemnidad, es una formalidad especial de la cual depende la existencia del acto jurídico, por lo que si no se observa dicho acto será inexistente.

No existe si no se observa la forma requerida por la ley; y por lo tanto, no están afectados de una nulidad que

pueda desaparecer por una confirmación expresa o tácita, para quedar convalidados retroactivamente, sino que este acto es inexistente y tendrá que volverse a otorgar cumpliendo todas las formalidades requeridas, por lo que solamente a partir del nuevo otorgamiento tendrán existencia jurídica.

Por lo tanto, concluyendo anotamos que si el reconocimiento no se hace en alguna de las cinco formas que regula el derecho, este acto será inexistente.

Y por último el cuarto elemento se refiere a que mediante el reconocimiento se asumen los derechos y obligaciones que la ley impone al padre o a la madre en relación al hijo.

El reconocimiento es un acto jurídico irrevocable. Aunque se haga por testamento y una de las características de éste es la revocabilidad; en cuanto hace al reconocimiento, esta característica no es aplicable.

Sin embargo, el carácter irrevocable del reconocimiento, no impide que pueda impugnarse en ciertos casos. Lo que queremos decir al señalar que es un acto irrevocable, se refiere a que una vez realizado éste, ya no puede retractarse quien hizo la manifestación de voluntad.

Por lo que siendo el reconocimiento de un hijo natural la confesión de un hecho, la cual es irrevocable, y una vez hecha no puede arbitrariamente retirarse. Pero los actos irrevocables como el reconocimiento, pueden ser nulos por haberse obtenido por error, engaño, violencia o por ser incapaz el que reconozca, y en este caso el reconocimiento se verá afectado de

una nulidad relativa que hará valer el interesado en los siguientes casos:

- 1o. Cuando el reconocido no es hijo natural del reconocedor.
- 2o. Cuando se ha faltado a las prescripciones que la ley consigna en orden a la forma de realizarse el reconocimiento.
- 3o. Cuando éste se halle afectado por un vicio del consentimiento o que quien reconoció era incapaz.

Del artículo 360 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal se desprende que:

"Art. 360.-La filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad."

Para efectuar un reconocimiento es necesario tener la edad requerida para reconocer a un hijo, la cual es la mínima exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo de que se trata, contada desde su concepción; es decir, que a la edad del hijo se le deberá agregar nueve meses (período aproximado de de gestación) (art. 361).

Ahora bien, si el que intenta reconocer a un hijo es menor de edad, requiere el consentimiento de la persona o las personas que ejerzan sobre él la patria potestad o tutela, y a falta de ellos, de la autoridad judicial. (art. 362)

Este es el segundo elemento sustancial, en el cual debemos agregar que se requiere también el consentimiento del hijo de cuyo reconocimiento se trata, si es mayor de edad.

Por otra parte el artículo 379 del ordenamiento en cuestión señala que:

Art. 379.-"Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquel sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente."

Lo mismo ocurre con la mujer que, sin ser realmente la madre del hijo que se pretende reconocer, ha asumido ese papel. Si se efectuó el reconocimiento sin su autorización, podrá contradecirlo en un término de sesenta días desde que tuvo conocimiento de él. (art. 373).

El tercer elemento se refiere a que el hijo de mujer casada nace con certeza de filiación con respecto al marido de su madre; por ello ningún hombre puede efectuar el reconocimiento de un hijo de mujer casada, excepto cuando el marido ha obtenido sentencia a su favor de desconocimiento de la paternidad (art. 374).

El hijo de mujer soltera puede ser reconocido por cualquier varón siempre que la madre otorgue su consentimiento.

## REQUISITOS FORMALES

El reconocimiento deberá realizarse por alguno de los cinco modos que describe el artículo 389, que contiene una enumeración taxativa.

- Reconocimiento efectuado en la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil. Al efecto establece el artículo 77 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal que si la madre o el padre de un hijo nacido fuera de matrimonio o ambos lo presentan para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una ejecutoria que aparece publicada en el informe de 1977, bajo el número 148 de la página 135 resolvió:

"El hecho de que el propio padre del hijo natural lo haya presentado ante el Oficial del Registro Civil para que se asentara su nacimiento, lleva implícito su reconocimiento de tal por su progenitor y, en consecuencia, el acta de nacimiento relativa surte todos los efectos del reconocimiento legal en los términos de los artículos 77 y 260 fracción I del Código Civil para el Estado de Guerrero. No obsta a lo anterior, el que el acta de nacimiento cuya nulidad se solicita no contenga la

firma del presunto padre, toda vez que esa circunstancia no implica en manera alguna la nulidad de dicha acta por no ser un elemento substancial de la misma (unanimidad de 4 votos)"

- Reconocimiento efectuado por acta especial ante el mismo Juez. De acuerdo con los artículos 78, 82 y 83 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Si el reconocimiento de un hijo natural, se hiciere después de haber sido registrado su nacimiento, se formará acta separada en donde se hará mención de la primera, poniendo en ella la anotación correspondiente distinta de aquella en que se levantó el acta de nacimiento, se le enviará al encargado copia del reconocimiento.

- Reconocimiento hecho en testamento.

De acuerdo del el artículo 367 del ordenamiento citado, cuando el reconocimiento se haya hecho en testamento, aunque éste sea revocado no lo será así el reconocimiento.

- Por último el reconocimiento puede hacerse ante el Juez de lo Familiar, por confesión directa y expresa.

#### 2.4. LA PRUEBA DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Por cuanto esta prueba, se presentan muy graves problemas en virtud de que respecto a la paternidad, no existe la presunción que establece la filiación matrimonial, respecto a que se atribuye como padre del hijo al marido de la madre.

Generalmente no existe base alguna para poder inferir de la maternidad, la paternidad.

En este sentido se expresa Antonio Cicu aseverando que "no es aplicable a la filiación natural la presunción de paternidad, ni la presunción de concepción. La primera, porque falta la base que es el matrimonio de los padres la segunda porque se haya establecida evidentemente en favor de la legitimidad"<sup>(40)</sup>

Existen dos pruebas tendientes a comprobar la filiación extramatrimonial:

*a) el reconocimiento voluntario.*

Es la vía normal para establecer la filiación extramatrimonial de la madre, así como con respecto al padre.

En cuanto a los requisitos del reconocimiento ya quedaron establecidos en el apartado anterior. Por lo que sólo haremos alusión a las situaciones en que se puede contradecir el reconocimiento siguiendo la opinión de Galindo Garfias:<sup>(41)</sup>

El primer caso se refiere al reconocimiento que haga un menor de edad y el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor. El Ministerio Público tendrá una acción

---

(40). Cicu, A. Ob. Cit. P. 212.

(41). Galindo Garfias, I. Ob. Cit. P. 641.

contradictoria para impugnar tal reconocimiento y la misma acción, tiene el progenitor donde deberá ser probado primeramente que quien reconoció no puede ser el padre o la madre del menor reconocido y como consecuencia del reconocimiento, se ha causado un perjuicio patrimonial al menor.

El segundo caso en que el progenitor puede contradecir el reconocimiento, es el que ha hecho indebidamente otra persona, para el efecto de que quien reconoció quede excluido de la paternidad

El tercer caso, en que procede la impugnación del reconocimiento es el que señala el Código Civil en su artículo 368 que transcribiremos literalmente:

"Art. 368.-El tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado podrá contradecirlo en vía de excepción."

El cuarto caso conforme al artículo 378 del ordenamiento citado se encuadra cuando una mujer que cuida y ha procurado la lactancia de un menor, a quien le ha otorgado su apellido o permitido que lo lleve y que públicamente lo ha presentado como hijo suyo, le ha proveído educación y subsistencia, podrá contradecir en el término de sesenta días, contados desde el día en que tuvo conocimiento del reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de dicho menor. En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que ella lo consienta o fuere obligada a entregarlo por sentencia ejecutoriada.

Del artículo 389 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, se desprenden las consecuencias que produce el reconocimiento:

"Art. 389.-El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:"

"I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;"

"II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;"

"III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley."

*b) investigación de la paternidad y la maternidad*

Del artículo 360 del ordenamiento multicitado se desprende, que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio no sólo se establece por un reconocimiento voluntario, sino también por una sentencia judicial, en un juicio cuya acción ha ejercitar es la investigación de la paternidad o maternidad.

Castán define a la investigación de la paternidad y maternidad como "la facultad que tienen los hijos ilegítimos, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación a fin

de que sea esta declarada por los mismos e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno filial lleva consigo."<sup>(42)</sup>

Doctrinalmente se ha definido a la investigación de la paternidad como la averiguación judicial que tiene por objeto establecer la filiación de una persona nacida fuera de matrimonio y no reconocida por su progenitor.

Coincidimos con la opinión de Sara Montero de que no se trata realmente de una averiguación judicial.<sup>(43)</sup>

Por lo tanto propondríamos la siguiente definición:

La investigación de la paternidad es la facultad de ejercitar una acción que tiene por objeto atribuir a una persona, ser el padre de otra persona cuando se tenga un principio de prueba en contra de la primera.

La investigación de la paternidad y la maternidad surge, cuando el padre o la madre no han reconocido voluntariamente al hijo.

Al efecto menciona el artículo 388 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal lo siguiente:

"Art. 388.-Las acciones de investigación de la paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres."

---

(42). Castán Tobenas, José. Derecho Civil Español Común y Foral Edic. Sa. T. IV. Ed. Reus, Madrid, 1942. P. 27.

(43). Montero Duhal, S. Ob. Cit. P. 311

"Si los padres hubieren fallecido tienen estos derecho de intentar la acción antes que se cumplan cuatro años de su mayor edad."

Haremos un esbozo de los lineamientos que se han seguido en algunas legislaciones del mundo siguiendo a Fernández Clérigo, Marcel Planiol y Galindo Garfias:<sup>(44)</sup>

Observamos que los códigos han tenido diversos criterios en cuanto al tratamiento de la paternidad y de la maternidad, para efectos de su investigación, habiéndose prohibido la primera y autorizando la segunda, aunque con determinadas garantías. Al través del tiempo se han asumido tres posturas:

La prohibición tajante a la investigación de la paternidad, la libertad absoluta para el hijo de investigar quién es su padre, y la permisión de la paternidad limitada a ciertos casos.

El derecho romano clásico atribuyó al hijo natural un estado frente a la madre, no conoció, en cambio, una paternidad natural; ésta fué admitida solamente con relación a los hijos nacidos de concubinato. Sin embargo, en el derecho

---

(44). Fernández Clérigo, L. Ob. Cit. PP. 236 a la 246. Vid. - Galindo Garfias, I. Ob. Cit. PP. 642, 643 y 644. Vid. - Planiol, M. Ob. Cit. PP. 189 y ss.

canónico, no se reconoció el concubinato, y solo se admitió la investigación de la paternidad para conceder al hijo el derecho a alimentos.

El derecho germánico admitió también la investigación de la paternidad al solo objeto del derecho de alimentos al igual que en derecho canónico.

Anteriormente el Código francés prohibió la investigación de la paternidad, aunque existieren circunstancias que presumieren que un determinado hombre engendró al hijo de una mujer soltera, como es el caso de concubinato, violación, estupro o posesión de estado de hijo. Sólo se permitía en el Código Napoleón, en casos de raptó cuando coincide este delito con la época de la concepción. Sin embargo, bajo la influencia de unas decisiones jurisprudenciales favorables a la mujer seducida y a los derechos de los hijos: en la Ley de 1912 fueron ampliados los casos de investigación de la paternidad en las siguientes hipótesis: 1o. Concubinato notorio; 2o. Violación o raptó de la mujer, si su fecha coincide con la probable concepción del hijo; 3o. Seducción dolosa de la mujer; 4o. Existencia de un principio de prueba por escrito, del que se desprenda un reconocimiento expreso o tácito del pretendido padre y 5o. Proveer por un determinado hombre a la subsistencia y educación del hijo.

En la legislación mexicana no existe un sistema de libertad absoluta en cuanto hace a la investigación de la paternidad y el Código Civil Vigente para el Distrito Federal al efecto menciona lo siguiente:

"Art. 382.-La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:"

"I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;"

"II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;"

"III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;"

"IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre."

El artículo 383 del Código citado establece una presunción de paternidad en los casos de concubinato similar a la que contempla el artículo 324 del mismo cuerpo de leyes, respecto a los hijos de matrimonio; exactamente con los mismos términos.

Por lo que se deduce, que se equipara la situación de los hijos que se presumen de concubinario y de la concubina, con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges.

Asimismo, en el informe de la Comisión redactora del Código Civil de 1928, se dejó constancia de que el hijo nacido fuera de matrimonio tiene el derecho de investigar

quien es su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato, la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina.

La acción que comentamos le corresponde al hijo y naturalmente a la madre en ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a la investigación de la maternidad a diferencia de la paterna que está limitada a los casos a que aduce nuestra legislación actual; ésta es absolutamente libre para el presunto hijo y sus descendientes, y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo, sin requerir un principio de prueba por escrito. Ya que por la propia naturaleza, la maternidad es un hecho de fácil comprobación.

De esta manera lo prescribe literalmente el artículo 385 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal:

"Art. 385.- Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada."

Sin embargo, del artículo 386 del ordenamiento citado se deduce no obstante en lo dispuesto en la parte final del precepto mencionado anteriormente, la permisión de

investigar la maternidad, cuando ésta se deduzca de una sentencia civil o criminal.

Estos medios ordinarios de prueba, deberán acreditar que la mujer a la cual se le imputa un hijo, tuvo un parto, y además se deberá probar que ese hijo que está pretendiendo la acción, es el mismo que vino al mundo en dicho parto.

Debemos considerar que el hecho de proporcionar alimentos a una persona no prueba que quien lo haga sea la madre, porque así lo prescribe el artículo 387 del código citado.

## 2.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACION

Están legitimados para investigar la maternidad y la paternidad fuera de matrimonio, el hijo y sus descendientes.

Fuera del caso en que existe un reconocimiento, la filiación del hijo natural respecto de la madre se establecerá de la misma manera que si se tratara de un hijo legítimo.

Analizando el artículo 382 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, del cual según Galindo Garfias, se desprenden las siguientes consideraciones:<sup>(43)</sup>

- Las hipótesis contenidas en el citado artículo que menciona los casos en que está permitida la investigación de la paternidad; éstas no constituyen prueba de la paternidad.

---

(43). Galindo Garfias, I. Ob. Cit. P. 645.

- Queda al arbitrio del juez determinar el valor probatorio de las pruebas rendidas en el juicio de investigación de la paternidad, en los casos de las fracciones I, II, IV, en tanto que para la fracción III del artículo 382 y 383, se deberá probar la concepción durante el concubinato, siempre que la madre no haya cohabitado con otro hombre dentro de ese tiempo.

Es decir, que las cinco eventualidades a que se refiere el citado artículo, no constituyen presunciones legales de paternidad natural, sino solamente casos en los que se puede abrir la investigación de la paternidad. Y ya con las pruebas rendidas el Juez estará en posibilidad de declarar que ha sido justificado el caso del que hizo referencia en el juicio de investigación de la paternidad.

## 2.6. LOS MEDIOS PROBATORIOS

La maternidad, es decir, el parto de la presunta madre, puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios (artículo 385 del Código Civil) (documentos indicios, testigos, etc.). Sin embargo, por aplicación analógica del artículo 341 del ordenamiento citado, en los que se refiere a la prueba de testigos, sólo será admisible, si hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

En este caso dice Bonnacase:<sup>(40)</sup>

El principio de la prueba por escrito exigido en estos casos, no es necesario que emane del adversario a quien se reclame una filiación materna determinada, lo cual puede explicarse por tratarse del estado de familia. Por presunciones o indicios, a falta de principio de prueba por escrito, se entiende toda clase de elementos, como la actitud de los presuntos padres con relación al hijo, su semejanza con ellos, las circunstancias que acompañan al abandono del menor.

En relación con los indicios o presunciones graves, se presenta el problema del valor probatorio de los análisis de sangre, como elemento demostrativo por sí solo de la paternidad y la maternidad, haciendo la confrontación de los grupos sanguíneos. Sin embargo, anota Hugo E. Gatti que esta prueba hematológica debe estar integrada por otras pruebas de carácter pericial, que armonizadas pueden calificarse como presunciones graves que sirven para admitir la prueba testimonial. Dichos elementos probatorios serían los siguientes: a) el examen comparativo de los caracteres morfológicos externos del padre y del hijo (talla, forma de la cabeza, facciones, impresiones digitales); b) el examen de los caracteres antropogenéticos o funcionales externos (actitudes, forma de letra, gesticulaciones, timbre de voz, etc.); examen de los

---

(40). Bonnacase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Trad. por -  
Jose M. Cajica. Edic. 1a. T. I. Mexico, 1945. P. 647.

signos semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente (predisposiciones especiales para determinadas enfermedades de la sangre, lunares); d) caracteres psicológicos, y e) examen de los caracteres de la Biología sanguínea.<sup>(47)</sup>

Las cuestiones de investigación de la paternidad, en cuanto a las pruebas que tienden a demostrar quién es el padre de un hijo, siguen evolucionando en forma importante. Guitrón Fuentevilla anota que en la Universidad de California, en los Estados Unidos, se ha determinado en un noventa por ciento de los casos analizados, quién es el padre del hijo. Siguiendo el procedimiento descubierto por el Doctor Kawasaki consistente en realizar una biopsia (análisis de una partícula del tejido del hígado), tanto en el presunto padre, así como en el hijo; del resultado obtenido se observa la existencia del mismo número de enzimas en ambas pruebas, de donde se infiere la paternidad.<sup>(48)</sup>

Siguiendo la autorizada opinión de Díaz de Guijarro asentaremos que la determinación de los grupos sanguíneos y esto aplicado a la filiación aporta un método de prueba para determinar si una persona es hija de otras.

De esta manera, la investigación hematológica es un método probatorio.

(47). Cit. Por. Galindo Garfias, I. Ob. Cit. P. 647.

(48). Guitrón Fuentevilla, J. Ob. Cit. P. 179.

Otro estudio mendeliano, consiste en la determinación del número de cromosomas y de la clase de cromosomas en las células, he aquí otra posibilidad de determinar por el análisis de dichos cromosomas, si alguien es descendiente de otro.

Añade el autor que las impresiones digitales juegan importancia, pues hay cierta armonía entre las impresiones digitales de los padres y de sus hijos, y a raíz de la última gran guerra fue posible identificar cincuenta mil menores que no se conocía a sus padres.<sup>(49)</sup>

Podemos concluir diciendo que la filiación extramatrimonial, permite a los hijos tener los mismos derechos sin importar su origen - matrimonio, unión libre, concubinato, adopción, etc. - ; afortunadamente en la actualidad, no se utilizan las expresiones para calificar a los hijos por su origen, pues sabemos que los derechos de los hijos nacidos fuera de matrimonio se equiparan totalmente a los concedidos a los hijos matrimoniales.

Seguramente la filiación extramatrimonial, como su nombre lo indica, es la forma más correcta y adecuada de identificar a los hijos y no las aberraciones creadas anteriormente por el legislador, por suerte ya derogadas en nuestra actual legislación.

---

(49). Díaz de Guíjarro, Enrique. Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y la técnica moderna. *Juris Argentina*. Año XVII. No. 2392. 16-nov-65. P. 1.

He aquí la conquista de la ciencia, recordemos el cuadro que reproduce el famoso juicio de Salomón: las dos mujeres que se disputaban la maternidad del niño, que se encontraba tomado de las piernas por un soldado que tenía un filoso cuchillo dispuesto a cumplir la sentencia salomónica. Esto era un recurso psicológico, para determinar quien era la verdadera madre, y ésta fué la que renunció a él con tal de que siguiera vivo. Afortunadamente en la actualidad como ya lo hemos analizado, esto ha quedado sustituido por los avances médico-biológicos.

## 2.7. LA LEGITIMACION.

Podemos decir que la institución de la legitimación de conformidad con Fernández Clérigo constituye un medio para otorgar el carácter de hijos matrimoniales a los hijos nacidos o concebidos fuera del matrimonio. Y que por la celebración posterior del matrimonio entre los padres; adquieren los segundos la condición de hijos legítimos

Asimismo se concede ese beneficio, en determinadas circunstancias a los hijos de los padres que no han podido contraer matrimonio, pero que al tiempo del nacimiento o de la concepción del hijo, se encontraban en aptitud legal de celebrarlo.<sup>(30)</sup>

---

(30). Fernández Clérigo, L. Ob. Cit. P. 199.

Galindo Garfias entiende a la legitimación como "una forma creada por el derecho para favorecer a los hijos naturales permitiéndoles mejorar su situación jurídica, en manera que quien ha nacido o ha sido concebido antes del matrimonio, y es por tanto considerado hasta entonces como hijo extramatrimonial, se convierta, por disposición de los preceptos legales antes citados, sin necesidad de una declaración expresa de los padres (aparte del reconocimiento), en hijo natural dentro de matrimonio."<sup>(51)</sup>

En la actualidad al haber desaparecido las clasificaciones de los hijos por su origen, ya no existe el término de hijos naturales. Nuestro Código Civil actual sólo se refiere a los hijos de matrimonio y a los nacidos fuera de matrimonio. Por lo tanto el autor al referirse en su definición *para favorecer a los hijos naturales* en primer lugar la expresión "naturales" ya no se usa y en segundo lugar "para favorecer" como si se les hiciera un favor, lo cual carece de relevancia porque los derechos de los hijos nacidos de matrimonio no son superiores a los derechos de los hijos extramatrimoniales.

Propondríamos la siguiente definición de legitimación:

---

(51). Galindo Garfias, I. Ob. Cit. P. 648.

Es un acto que mediante el subsiguiente matrimonio de los padres, hace que el hijo concebido o nacido fuera de los plazos legales de legitimidad, obtenga la calidad de legítimos, a través de un reconocimiento anterior al matrimonio, en el mismo acto o posterior a su celebración.

Siguiendo la autorizada opinión de los civilistas Rafael De Pina y Antonio de Ibarrola apuntaremos que la legitimación, en el derecho romano, tenía tres formas: el subsiguiente matrimonio, la oblación a la curia y el rescripto imperial. La primera fué creada por Constantino, y en la baja Edad Media empezó a extenderse debido a la influencia de la iglesia católica para inclinar a quienes vivían en concubinato a regularizar su unión asimismo, crear una prueba cierta de la filiación; la segunda, introducida por Justiniano y la tercera se estableció por Teodosio Segundo para conseguir decuriones a las curias, ya que, toda la gente trataba de eludir las cargas que se les imponían.

El Fuero Real recogió dos formas de legitimación: a) por subsiguiente matrimonio, b) Por rescripto del príncipe.<sup>(52)</sup>

Normalmente la legitimación trata de lograr una equiparación entre los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales.

---

(52). Pina, R. de. Ob. Cit. PP. 355 y 356. Vid. Ibarrola, A. de Ob. Cit. P. 380.

Mediante la legitimación, la filiación llamada tradicionalmente ilegítima (término desaparecido en nuestra actual legislación), se convierte en legítima.

Algunos autores consideran que el beneficio de la legitimación es una ficción por la que concede a los hijos nacidos fuera de matrimonio, el carácter de hijo legítimo.

Rojina Villegas habla de una fusión de dos actos jurídicos consistentes en el reconocimiento hecho por los padres del hijo natural, y posteriormente el matrimonio de los padres después de haber nacido o sido concebido el hijo natural.<sup>(59)</sup>

La legitimación por subsiguiente matrimonio requiere el acto jurídico del reconocimiento, es por eso que coincidimos con la opinión de Rojina Villegas al que ya hicimos referencia anteriormente, se trata de la fusión de dos actos jurídicos independientes: el matrimonio de los padres y el reconocimiento de los hijos nacidos o concebidos.

El reconocimiento siempre surtirá efectos a partir del matrimonio, aunque el reconocimiento se hubiese celebrado después. Entonces suponiendo que el reconocimiento se haga en el momento del nacimiento y después se contradiga el

---

(59). Rojina Villegas, R. Ob. cit. PP. 689 y 690.

matrimonio, la legitimación no operará retroactivamente para que ese hijo tenga el carácter de legitimado desde su nacimiento. A su vez, cuando el reconocimiento sea posterior de celebrado el matrimonio si operará retroactivamente la legitimación, y se tendrá por legitimado al hijo desde la celebración del matrimonio de sus padres y no desde la fecha de su reconocimiento.

Existen dos especies de hijos legitimados que están ya concebidos cuando se celebra el matrimonio de sus padres. Sobre el particular manifiesta el civilista Rafael Rojina Villegas:<sup>(54)</sup>

La primera especie de hijos legitimados de acuerdo con el artículo 359 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal prescribe lo siguiente:

"Art. 359.-Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta."

Otros hijos que van a resultar legitimados por ministerio de ley, siempre y cuando el marido no contradiga la paternidad, por lo que se presume que la acepta, aunque no exista un reconocimiento expreso.

---

(54) Ibid. PP. 602 y 603.

En este caso observamos que hay un matrimonio, y no hay reconocimiento, por lo que se deduce que éste sería el único caso en que no se da la fusión de dos actos jurídicos a los cuales ya hemos hecho referencia.

Además se admite otra forma de legitimación, en que se requiere solamente el matrimonio subsecuente de los padres, para que los hijos naturales nacidos o concebidos antes del matrimonio queden legitimados; cuando en el acta de nacimiento de los mismos conste el nombre del padre y la madre.

Añade el autor en cita acerca de la legitimación por sentencia y matrimonio que es aquella en la cual, a través de una sentencia se ha declarado la paternidad y la maternidad, lo cual opera en lugar del reconocimiento y posteriormente los padres celebran matrimonio.

También puede suceder que los padres celebren matrimonio y después los hijos naturales habidos antes de la celebración del mismo, inicien un juicio de investigación de la paternidad o la maternidad una vez pronunciada la sentencia favorablemente. Aquí también la sentencia produce el efecto de legitimación. Debemos aclarar que la sentencia debe mencionar a ambos padres, o sólo a uno si el otro ya ha reconocido.

La legitimación está regulada por el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en el capítulo III, del artículo 354 al 359.

Analizamos la figura de la legitimación, sus antecedentes y su función, porque aún la contempla nuestra actual legislación. Sin embargo, creemos que dicha figura en nuestros días resulta obsoleta e irrisoria, pues al haber desaparecido las clasificaciones de los hijos por su origen así como las diferencias que existían entre estos simplemente con el reconocimiento que se haga del menor; esté él o los que lo hagan unidos o no en matrimonio carece de relevancia, pues el hijo adquiere todos los derechos, sea matrimonial, extramatrimonial o sea legitimado por el subsiguiente matrimonio de sus padres.

---

## CAPITULO TERCERO

### LA INSEMINACION ARTIFICIAL

#### 3.1. CONCEPTO

Nos referiremos indistintamente a la inseminación artificial, como "eutelegenesia", término llamado así por el Dr. Batlle.<sup>(53)</sup>

Palmer anota que la inseminación artificial "consiste en introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer de un modo distinto que por el comercio sexual. Se realiza con el esperma del marido cuando existe un obstáculo que impide su introducción a la ascensión de los elementos fecundantes; puede realizarse también con el esperma de otro, cuando el marido es estéril o cuando la procreación mediante él se juzga indeseable."<sup>(54)</sup>

Pedro León Feit se expresa en el mismo sentido que el autor Palmer, pero de su definición se desprende que no

(53). Batlle, Manuel. La eutelegenesia y el Derecho. Revista - General de Legislación y Jurisprudencia. Num. 6 Año XXI. México, D. F. Junio de 1933. P. 346.

(54). Cit. Por. Flores García, Fernando. La Inseminación Artificial en la especie humana. Revista Criminalia. Num. 6. Año XXI. México, D. F. Junio de 1933. P. 346.

sólo hace referencia a la inseminación de esperma en los órganos genitales de la mujer, sino también, menciona en su definición, el trasplante de óvulos; al señalar que "la inseminación artificial consiste en la introducción de esperma dentro de los órganos genitales femeninos, sin el contacto sexual normal. También puede producirse mediante la introducción del óvulo extraño en el organismo de la mujer, utilizado como incubadora, para su fecundación por el marido." (57)

Se utiliza la expresión inseminación artificial como sinónimo de fecundación artificial. Pedro León Feit contradice lo anterior al mencionar que "si bien se estima que no es científicamente sinónimo de la anterior y hasta se la tiene por inexacta, porque el procedimiento no determina el modo de intervención que se emplea y sólo señala las condiciones favorables a la unión del espermatozoide con el óvulo, sin que por sí mismo produzca la fecundación, que podrá o no realizarse. Este último término se refiere también a la partenogénesis, cuya aplicación ya se ha hecho común en el reino animal. Algunos autores hablan de eutelegenesia y otros sustituyen el vocablo fecundación por espermióseminación o inseminación artificial. Por nuestra parte preferimos esta última denominación, por

---

(57). Feit León, Pedro. Distintos aspectos del problema de la - Inseminación Artificial en seres humanos, su interés jurídico, especialmente, en cuanto a la filiación. Cuadernos de los Institutos. Num. 87. Córdoba, Argentina, 1966. p. 44

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

considerarla más adecuada.<sup>(58)</sup>

Alberto Lazcano dice, - definición paralela a la de Feit: "Estamos así ante una inseminación que no sólo fecunda mediante inyecciones, sino que también transplanta óvulos y se va llegando a la consecución de hijos por injerto."<sup>(59)</sup>

Coincidimos con dicha opinión, aparece como la denominación más indicada para este proceso, la de inseminación artificial, por que hay que aclarar que inseminación es distinto a fecundación, ya que se entiende por la primera la introducción del semen por vía natural o artificial en la cavidad vaginal, y en la fecundación el espermatozoide ya ha fecundado al óvulo, dando principio una vida.

Sin embargo creemos también correcta la denominación a este proceso como eutelegenesia, pues como ya lo dijimos al principio de este apartado le llamaremos de las dos formas, aunque no siempre en la inseminación artificial se busque lo bello, porque *eu* significa "bello o perfecto".

---

(58). Leon Feit, Pedro. Ob. Cit. P. 44. Vid. C. Díaz, Félix y E. Gamba, María. "Ciencias Penales". Ed. Hammurabi. Buenos - Aires, Argentina. Num. 8. Nov. 1979. P. 30.

(59). Lazcano, Carlos Alberto. La Fecundación Artificial. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año. - XIV. Num. 3. Julio-Septiembre, 1950. Argentina. P. 407.

### 3.2. ANTECEDENTES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Los antecedentes de la inseminación artificial los hayamos desde hace ya muchos años, pero generalmente se realizó en los animales para procurar mejores especies, y aún en seres humanos, sin embargo, no tomó importancia en la esfera jurídica, pero en la actualidad la multiplicación y el perfeccionamiento de esta práctica ha traído consigo múltiples problemas en los sectores ético, religioso y sobre todo jurídico, que muy especialmente repercute en la determinación de la filiación y las consecuencias que de ésta derivan.

Siguiendo con las opiniones de Flores García, Pedro León Feit y René Soto Reyna, haremos una breve reseña histórica, que aunque los éxitos de la inseminación artificial son muy recientes, el interés científico es muy remoto.<sup>(100)</sup>

La primera noticia que se tiene data de (1424-1474) donde Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente con esperma del monarca, que al parecer no obtuvo el resultado deseado, pues se dice que dicho esperma, resultó estéril. Cabe mencionar que Ernesto Gutiérrez y

---

(100). Flores García, F. Ob. Cit. P. 242 a la 247. Vid. León Feit Pedro, Ob. Cit. PP. 43 y 46. Vid. Soto Reyna, René. Aspectos Médicos-Legales de la Inseminación Artificial en seres humanos. Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Edo. de Durango. Nums. 20 - 21. Oct. 1963-marzo 1964. P. 38.

González difiere de lo anterior, pues dice que Juana de Portugal al ser inseminada dá a luz a Juana la Beltraneja.<sup>(61)</sup>

Se dice que el cirujano John Hunter en 1790 o 1799 tuvo éxito al inseminar a una mujer, aunque no se sabe con certeza el año, ni la procedencia del semen empleado.

En 1866 se registra el primer caso en Estados Unidos, donde intervino el doctor J. Mariam Sims, quien abandonó posteriormente el procedimiento, por considerarlo inmoral. En ese entonces el Medical Time calificó que ese chapotear en la vagina con el espéculo y la jeringa es incompatible con la decencia y el respeto.

Se afirma que en 1911, el doctor Roelheider practicó 65 experimentos en seres humanos, de los cuáles 31 tuvieron éxito, y en 1928 se reportaron 33 éxitos de 88 inseminaciones que se realizaron. Y después de una encuesta a más de treinta mil médicos, se supo que 9489 embarazos fueron a través de inseminación artificial.

Posteriormente el Papa Pío XII se dirige al Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, declarando proscrita e inmoral esta práctica.

En el siglo XX, se comienzan a multiplicar las técnicas inseminadoras, y en 1950 en Francia, se reportan 1000 embarazos anuales; 6000 en Inglaterra y 20000 en los Estados

---

(61). Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y moral o Derechos de la Personalidad y derecho sucesorio - Edic. 2a. Ed. Cajica. Mexico, 1982. P. 628.

Unidos de América. El número de mujeres artificialmente fecundadas en los países angloamericanos ha experimentado durante los últimos años un incremento alarmante, han nacido 80,000 niños artificiales y el 80 por ciento de los ginecólogos norteamericanos habrán practicado la inseminación artificial.

En 1961 una noticia periodística manifestó que logran los sabios italianos la fecundación fuera del cuerpo humano. Roma, 12 de enero (AFP) La fecundación fuera del cuerpo humano fue lograda por primera vez en el mundo, por unos sabios italianos de Bolonia, quienes consiguieron que el gameto masculino y el gameto femenino se fecundaran en un laboratorio durante 29 días. El anuncio de esta sensacional experiencia se hace hoy, con grandes titulares en el diario "Pease Sera"<sup>(62)</sup>

Dos años más tarde otra noticia periodística dice que en la Universidad de Alberta, Canadá se logró el nacimiento artificial de un borrego colocando el embrión de una oveja, que previamente habrían extraído del seno materno, en una matriz artificial. Bombas y cánulas fueron conectadas al corazón y pulmón, le suministraron en ciernes substancias nutritivas y sangre saturada de oxígeno. Hasta que estuvo maduro para el nacimiento. Entonces los médicos lo sacaron del seno materno artificial.<sup>(63)</sup>

---

(62). Periódico "Excelsior" correspondiente al viernes 19 de enero de 1961. 1a. sección. 1a. plana. México, D. F.

(63). Periódico "Excelsior" correspondiente al domingo 9 de junio de 1963.

Quizá combinando estos dos procedimientos, que ya mencionamos, podría crearse la idea no del todo descabellada a que alude Aldous Huxley en su Mundo Feliz.

En 1968 se establecen "Bancos de semen" en diversos países, como en Francia y Alemania, en donde se obtiene semen de diversos "dadores o "donadores", guardando absoluto secreto sobre su identidad.

En México, ya se ha establecido un Banco de semen, y en algunos hospitales se practica la inseminación artificial. No tardarán en llegar a los Tribunales conflictos que se susciten por la realización de esta especie de traer hijos al mundo. Controversias que el juez deberá resolver, como ya está sucediendo en los Estados Unidos y otros países.

En efecto, el 21 de septiembre de 1989 en Maryville, Tennessee, otorgan a una mujer la "custodia" de siete embriones en un caso de divorcio que fueron fertilizados por su marido. Luego que el juez de circuito W. Dale Young, del condado de Blount, dictaminó que la vida comienza en el momento de la concepción y que a la señora Mary Sue Davis que está separada de su marido, Junior Lewis Davis, se le debe permitir llevar los embriones hasta su alumbramiento y añadió que los embriones de la mujer eran niños y no propiedad privada, por lo que se trataba de una disputa por custodia, donde debe predominar el mejor interés del menor.

Su exmarido dijo que apelaría la decisión ante las cortes y potencialmente más allá, puesto que el no deseaba ser padre, y dijo que el podría sentirse violado en sus derechos reproductivos. Así mismo su abogado Charles Clifford, solicitaría a la corte que impidiera a la señora implantarse los embriones hasta que las apelaciones fueran decididas; agregó que esta decisión de la Corte Suprema podría entrar en conflicto, con la autorización a las mujeres de tener abortos, así como con las leyes del estado sobre intereses de propiedad y regalos anatómicos.

Dichos embriones fueron creados por vía de fertilización in - vitro; anteriormente eran nueve, de los cuales dos fueron implantados en la señora, cuyos resultados no fueron satisfactorios, los otros siete fueron congelados y puestos en almacenamiento. Fue en ese lapso cuando el marido inició el procedimiento de divorcio.<sup>(64)</sup>

En México no han llegado conflictos a los tribunales relacionados con las personas que intervienen en la inseminación artificial, y hecha la consulta en el centro de cómputo de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se registra criterio alguno emitido por los Tribunales de Justicia Federal, en relación a resolver alguna controversia suscitada.

---

(64). Periódico "Universal", correspondiente al 21 de septiembre de 1989.

### 3.3. DATOS BIOLÓGICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Trataremos de exponer brevemente los datos de carácter biológico, para poder saber cuáles son los principales procedimientos utilizados en la práctica de la inseminación artificial.

Berardi señala los siguientes casos:<sup>(25)</sup>

El primer modo se da por dificultades de ejecución de la cópula, por tanto algunas veces el médico adapta en los genitales de la mujer un instrumento que puede sostener ella largo tiempo sin molestias. Así dispuesto el órgano genital femenino puede tener lugar la cópula con el marido del modo corriente y después de algunas horas puede extraerse el instrumento.

Otro segundo modo de fecundar artificialmente a la mujer puede ser teniendo lugar la cópula normal y terminada correctamente, recoger el semen de los vasos de la mujer, mediante un aparatito aspirador y proyectarlo al interior.

El tercer modo resulta de tener cópula normal, pero al llegar al momento de la eyaculación, recibir el semen en una copa y recogerlo e inyectarlo del modo dicho antes.

Y por último el cuarto modo, consiste en derramar directamente el semen, sin contacto alguno con la mujer

---

(25). Cit. Por. Flores García, F. P. 348.

en la copa y proceder como en los dos casos anteriores.

Acabamos de ver una clasificación en cuanto a los procedimientos médicos y en cuanto a la inseminación homóloga, pero en atención al estado civil que guarda la mujer que se va a someter a esta práctica; Gutiérrez y González hace la siguiente clasificación: <sup>(60)</sup>

- Autoinseminación o inseminación homóloga; es la que se practica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa con el semen o esperma de su esposo.

- Heteroinseminación o inseminación heteróloga, que puede a su vez revestir dos subclases:

La primera en mujeres casadas y la segunda en mujeres solteras. Y en estos dos casos se practica la inseminación con el semen de un "dador" o "donador", generalmente se vende el fluido de un desconocido, especialmente en el caso de la mujer casada que va a recibir el semen de persona ajena a su esposo.

De esta clasificación, analizando la opinión de Carmen García Mendieta anotamos que la inseminación homóloga, *cum semini mariti*, que es la que se efectúa con el esperma del marido, no representa ningún problema jurídico, es decir que

---

(60). Gutiérrez y González, E. Ob. Cit. PP. 620 y 630.

podemos determinar perfectamente su filiación, como si hubiera nacido por vía natural.

En cambio cuando se ha practicado la inseminación en la forma heteróloga *cum semini extranei* es decir, aquella que se efectúa con el esperma de un tercero, surge un problema, por lo que algunos países optan por prohibir esta última. Otros investigadores señalan que es necesario distinguir si la inseminación se efectúa con una mujer soltera o en una casada y en este último caso, saber si existe o no consentimiento del esposo para la inseminación: <sup>(67)</sup>

Si bien es cierto que desde un punto de vista ético existe mucha polémica, en cuanto a la posibilidad de practicar la inseminación artificial, también es cierto que desde el punto de vista médico hay ciertos casos en los que se aconseja, como son los siguientes que anota Ernesto Gutiérrez y González: <sup>(68)</sup>

#### Autoinseminación o inseminación homóloga.

- Cuando hay anomalías físicas en el esposo como epispadia, hipospadia y la fimosis, o en la esposa, como la estenosis, tabiques vaginales o inhospitalidad cervical.

---

(67). García Mendieta, Carmen. Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango. Fertilización Extracorporal. Aspectos legales. Nums. 20-21. Octubre 1985, marzo, 1986. P. 50.

(68). Gutiérrez y González, E. Ob. Cit. PP. 690 y 691.

- Cuando el esposo reporta anomalías psíquicas, o las presenta la esposa. Tales pueden ser en ella la frigidez, hiperexcitación, ninfomanía o erotomanía y en el esposo la eyaculación prematura y la impotencia coeundi.
- Cuando al esperma le resulta imposible su ascensión hasta el encuentro del óvulo que debe fecundar, ya porque se padezca de astenospermia, bien por humores vaginales que impidan su ascenso.
- Tratándose de la "teleinseminación" que se dá cuando hay separación corporal de los cónyuges, especialmente en los casos de guerra.

La teleinseminación es importante para el Derecho civil y pone en crisis la "impugnación de la paternidad" de que habla el artículo 325 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, la cual se empezó a practicar durante la guerra de Corea y se empleó también en la guerra de Vietnam, y sucederá sin duda en una próxima guerra.

En dichas guerras, los soldados americanos, antes de que fueran enviados a los frentes de batalla, tenían no regresar, por lo que acudían a los servicios médico - sanitarios del ejército, donde se les extraía semen, el cual se envasaba y posteriormente se inseminaba a sus esposas, por lo que cuando algún soldado moría en la guerra estaban en la posibilidad de perpetuar la especie.

### Heteroinseminación o inseminación heteróloga:

- Cuando el esposo es estéril; padece azoospermia, astenospermia, hiperespermia o necrospermia.
- Por ser indeseable la procreación mediante el semen del esposo, cuando éste padezca de taras susceptibles de transmitirse a sus descendientes.
- Tratándose de mujeres solteras que desean ser madres.

Para poder llegar a la determinación de que se es estéril, hay que comenzar por un estudio previo para determinar el normal funcionamiento. Palmer establece que deben emplearse técnicas de persuflación o salpingografía, para comprobar si las trompas están o no expeditas. Contando con la fertilidad o esterilidad de la mujer hay que entrar en el diagnóstico de la fertilidad o esterilidad masculina. Para lo cual existen dos métodos de exploración y diagnóstico.

El directo, consistente en el examen microscópico del esperma recogido en un frasco de cristal bien seco; y

El indirecto que consiste en buscar los espermatozoides en el interior del órgano femenino; en las secreciones del cuello uterino varias horas después de realizado el acto sexual y precisamente en los días favorables, si se encuentran espermatozoides móviles es una prueba positiva. <sup>(100)</sup>

---

(100). Cit. Por. Florea García, F. Ob. Cit. P. 949.

Otros autores como Anderes, Moench, encuentran necesario establecer un verdadero espermograma que indique la cantidad de esperma eyaculado, la suma de espermatozoides en un c.c. su longevidad y el número de formas patológicas observadas en ellos.. No se considera fértil un esperma ( o de modo muy dudoso) si las células morbosas pasan del 25 %.

Además se ha de cuidar de una manera especial que en el semen no haya gérmenes patógenos, como gonococos, porque en el caso de la fecundación artificial puede producirse peritonitis, salpingitis, endometritis, etc., afectando gravemente la salud de la mujer. <sup>(70)</sup>

Anteriormente el tercero o dador podía ser el hermano del esposo, pero en la actualidad manifiesta Lazcano que los inseminadores se conservan en el anonimato, hasta el punto de que el dador solamente se describe a los cónyuges en términos generales que excluyan toda posibilidad de identificación.

En relación al tipo ideal de dador se ha discutido si debe ser el del deportista, el del atleta, el del hombre dotado de tal o cual calidad. "El caballo padre premiado." <sup>(71)</sup>

En seguida analizaremos los datos biológicos de la fecundación *in vitro*, la cual resulta ser más compleja.

---

(70). Loc. Cit.

(71). Lazcano, Carlos, A. Ob. Cit. PP. 412 y 419.

Sabemos que el proceso de la reproducción humana, se inicia con la fecundación, que es la unión o fusión del ovulo y el esperma de la cual resulta la formación del huevo o cigoto.

Esta fase puede ser substituida y el huevo formado en etapa de embrión, puede ser implantado tanto en la madre como en otra mujer que se preste para ello que se le puede llamar según René Soto Reyna "paridora o substituta" durante la gestión.

El procedimiento de la fecundación in vitro nos dice el autor Soto Reyna, es más complejo, y se hace a partir del óvulo que la mujer libera mensualmente y que se ha desplazado a la trompa de falopio donde espera encontrarse al espermatozoide, es removido con un laparoscopio y un aspirador al vacío vía quirúrgica de la pared abdominal.

Tres horas después de incubado para su maduración y colocado en una caja de petri, se pone en contacto con unas gotas de semen. En caso exitoso de la fecundación, la célula resultante o huevo, comienza a dividirse. Cuando el embrión tiene ocho células está en condiciones de implantarse en el útero de la madre o de la "paridora", a través del cuello uterino el embrión es implantado, con un cateter de nylon, dentro del útero y así la gestación del nuevo ser ha dado principio. (72)

---

(72). Soto Reyna, R. Ob. Cit. PP. 39 y 40.

En estas circunstancias ¿ a qué o a quién puede llamarse padre? Cuando una mujer lleve en su vientre un embrión concebido en la matriz de otra mujer, ¿quién será la madre y por la misma razón, quién será el padre?

Por cierto, que no es novedad el hablar de préstamo de útero o maternidad subrogada, donde la madre que ha contratado con la mujer estéril deberá entregárselo, a la pareja en el momento del nacimiento, ya en tiempos remotos, quizás encontremos un ejemplo que se registra en la Biblia, cuando la esposa de Abraham, Sarai, que era estéril, pidió a su marido que fecundara a su esclava de nombre Hagar: "Quizá tendré hijos de ella, dijo Sarai. Hizolo así Abraham, y Hagar dio a luz a Ismael"<sup>(78)</sup>

Aunque suene obvio diremos que en este caso, Abraham fecundó a su esclava por vía natural y no artificial.

Otro caso similar lo leí alguna vez en el libro Dos Madres de Miguel de Unamuno, que relata el caso de Raquel "la viuda estéril", que estaba unida con Don Juan, por lo que decidió que Don Juan contrajera matrimonio con Berta Lapeira, con el fin de que tuviera un hijo para ella. Don Juan se suicidó, sin embargo Raquel obtuvo lo que se propuso, y se quedó con la niña que llevaba su mismo nombre.

---

(78). Genesis id. 2.

Algo deveras preocupante y que quizá no esté lejos de suceder, por lo cual no sólo la maternidad sino también el concepto de paternidad sufrirá un cambio radical, es la creación de multihombres.

En efecto, no está lejos el día en que un hombre tenga dos o más padres o madres biológicos. Pues nos dice Alvin Toffler en su libro "el shock del futuro" que se han creado ya los llamados multiratones. La doctora Beatrice Mintz, bióloga del Instituto de estudio del cancer de Filadelfia, según el The New York Times, el 30 de mayo de 1968, tomando ratoncillos de los cuales cada uno tiene un número de padres superior a lo normal (un padre biológico y una madre también biológica). Posteriormente se toman embriones de dos ratitas preñadas que se colocan en un frasco de laboratorio y son alimentados hasta que formen una sola masa en crecimiento. Entonces ésta se introduce en el útero de una tercera ratita. Así el multiratón que nace, presenta las características de ambas estirpes, es decir, de las dos parejas, por lo que dicho multiratón, tiene el bigote y el pelo blanco de un lado y rayas blancas y negras en el cuerpo.

De hacerse esto posible en el género humano, sería la catástrofe y perderían sentido quedando obsoletas muchas normas, sobre todo las que regulan las materias de filiación y paternidad.

### 3.4. CONSIDERACIONES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

#### A. DE CARACTER ETICO. RELIGIOSO Y MORAL.

En este apartado vamos a examinar la valoración ética de la inseminación artificial, así como el análisis de los efectos morales que puedan producir en cada una de las personas que normalmente intervienen en las prácticas euteleológicas.

Varios de los autores aconsejan la inseminación artificial y la mayoría de los médicos la defienden y la practican, pues estiman que ésta debe ser considerada como una técnica para el desarrollo científico de la humanidad. Sin embargo esta opinión ha sido rebatida por Spengler al dar este razonamiento:

La labor humana desde la producción del fuego hasta otras creaciones superiores han sido artificiales y antinaturales. El hombre arrebató a la naturaleza el privilegio de la creación. Añade el autor que estas últimas palabras parecen ser, que hubieran sido escritas pensando en la inseminación artificial, en la que el artificio se lleva hasta la raíz misma de la vida, hasta la violación de la natural intimidad del acto procreador.<sup>(74)</sup>

---

(74). Cll. Por. Flores García, F. Ob. Cll. P. 355.

Marcel Gabriel sobre este mismo tema afirma que el individuo donador del semen sería considerado y apreciado cada vez menos en sus notas singulares y sería tratado como simple espécimen provisto de un número ordinal.<sup>(75)</sup>

Sabemos que cuando aparecen progresos del saber humano, se debe considerar previamente si son aceptados desde el punto de vista moral. A este respecto han sido variadas las opiniones de los representantes eclesiásticos en torno a la problemática central de este tema. Sin embargo, vemos que a pesar de que se han hecho sentir opiniones un poco peligrosas se aclara la cuestión y condenan a la inseminación artificial como una práctica inmoral.

Hay coincidencia de los teólogos moralistas en cuanto a la admisión del empleo de ciertos métodos artificiales que tiendan a facilitar el acto sexual y lograr el fin que se pretende. A este efecto Pedro León Feit señala dos razones para la prohibición del método: La condenación por la iglesia del onanismo, según el texto del Génesis, 38,9; la violación del solemne contrato de matrimonio, institución sublimada y llevada a la categoría de sacramento.<sup>(76)</sup>

Completaremos el tema haciendo un resumen de las principales opiniones que emiten los expositores sobre la

---

(75). *Ibid.* P. 256.

(76). León Feit, P. Ob. Cit. P. 47.

inseminación artificial en este ámbito, siguiendo con la opinión de Pedro León Feit, Fernando Flores García y Lazcano:<sup>(77)</sup>

El Santo Oficio al responder el 24 de marzo de 1897 a una pregunta, después de un examen y previo voto la consideró ilícita. Dos días después su Santidad León XIII confirma dicha posición.

Posteriormente en 1929 la sagrada congregación de concilio declaró ilícita la copulación hecha a medias, así como a la masturbación.

El Cardenal Griffin, en 1945 hizo sentir su voz de alarma considerando la práctica eutelegénica repugnante, pero refiriéndose a la que se realiza con el semen de un tercero, ya que ésta ofende la dignidad del hombre, atenta a la ley de la naturaleza y es injusta con la descendencia producida y no así la que se utiliza como auxiliar de la mujer, después de una normal relación sexual con su marido. Aún habiendo el consentimiento de la mujer y el de su marido no deja de ser un acto inmoral.

La opinión más trascendental de la Santa Sede es la emitida por el Sumo Pontífice ante la IV Convención Internacional de Médicos Católicos el once de octubre de 1949, manifestó a grandes rasgos el juicio moral que se impone a esta materia.

No debemos menospreciar el punto de vista moral, aunque se trate de un hecho del hombre que debería ser

---

(77). Ibid. PP. 49 y ss. Vid. Flores García, F. Ob. Cit. PP. -  
302 y ss. Vid. Lazcano, C. A. Ob. Cit. PP. 414 y ss.

estudiado, conforme a la Biblia o a la medicina. Así pues, la inseminación artificial aclarando que la que se realiza fuera del matrimonio debe condenarse como inmoral, debido a la forma de concepción que para crear una nueva vida, ésta deberá ser fruto únicamente del matrimonio y por tanto un hijo concebido en tales condiciones, sería ilegítimo.

Aún la inseminación artificial dentro del matrimonio, pero realizada con el semen de un tercero de igual manera es inmoral, por lo que debe reprobarse.

Posteriormente en Castelgandolfo, el día 29 de octubre de 1851, se volvió a reiterar la posición de la Iglesia en contra de la inseminación artificial, recordando que el Creador instituyó el matrimonio para los seres humanos, y como tales, les está permitido moralmente la procreación y educación de nuevas vidas. Esto constituye una defensa del honor del matrimonio cristiano y de la dignidad personal del marido y de la mujer.

Desarrollando la idea central en este tema debemos recordar las palabras de R. P. Tesson profesor de Teología Moral en el Instituto Católico de París, planteando el caso de la inseminación artificial como un caso particular de otro general y que consiste en la posibilidad de saber hasta que punto el hombre tiene derecho de modificar, suprimir o corregir por una técnica no natural al cuerpo.

La falacidad de creer que la posibilidad de recurrir a esta práctica puede hacer válido el matrimonio entre personas ineptas para celebrarlo por existir un impedimento de impotencia, nos hace pensar además que el elemento activo (espermatozoide) no puede ser obtenido lícitamente con actos contra natura y aunque no se pueda rechazar a priori métodos nuevos, por el simple hecho de su novedad en cuanto tocan a la inseminación artificial, debemos rechazarlo de plano. Sin embargo, al expresar esto, no se hace referencia necesariamente al empleo de ciertos métodos artificiales destinados únicamente a facilitar el acto natural normalmente consumado. Además no debemos olvidar que la procreación de una vida nueva conforme a la voluntad y plan del creador, lleva consigo un grado abundante de perfección la plena realización de los designios perseguidos y florece a la vez conforme a la naturaleza y a la dignidad de los esposos y el desarrollo normal y feliz del hijo.

Pío XII, en el Congreso de la Unión Católica Italiana expresó que "reducir la cohabitación de los cónyuges y el acto conyugal a una pura función orgánica para transmitir los genes, sería como convertir el hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico."<sup>(79)</sup>

Observamos que la religión protestante al igual

---

(79). Cit. Por. Díaz Lynch, F. O. y Garba, M. E. Ob. Cit. p. 94.

que la católica condena la inseminación extraconyugal o heteróloga y en cuanto a la intraconyugal o autoinseminación. Los teólogos suecos guardan silencio, ante la división de sus colegas, para no inquietar las conciencias, por la falta de directivas seguras y precisas. Sin embargo, consideran que no debería desecharse la autoinseminación, cuando se juzga médicamente indispensable para la fecundación; en lo que no se han puesto de acuerdo es sobre la validez de los procedimientos para recoger esperma, pero se manifiesta amplitud de tolerancia.

Como en el caso anterior, en la religión israelita encontramos coincidencia en cuanto al rechazo de la heteroinseminación y las opiniones se dividen tratándose de la autoinseminación.

Por último en la religión musulmana no se presenta el problema, por la existencia de la poligamia, más superfluo aparece todavía en cuanto a la inseminación artificial en forma homóloga.

Aunque por nuestra parte ya hemos pugnado por la aceptación de la inseminación artificial homóloga o heteróloga, cuando tenga por objeto cubrir la esterilidad de las parejas, haremos un breve estudio de los aspectos morales desde el punto de vista independientemente de cada uno de los personajes que tienen relación directa o indirectamente con la realización de las prácticas euteleogénicas, siguiendo con la opinión de Martínez Val.

### *a) respecto del donador*

Sabemos que el donador es aquel hombre que da su líquido seminal a cambio de una cantidad de dinero, a fin de que con él se insemine artificialmente a alguna mujer que lo requiera. Y para la obtención del semen existen tres procedimientos a saber: Masturbación, acto sexual interrumpido con eyaculación extravaginal o recogida en goma anticoncepcional.

El tercero, no parece tener partidarios, porque se presta a contaminaciones peligrosas en la manipulación posterior del semen. Y en cuanto a los otros dos procedimientos de obtención del semen (masturbación y acto sexual interrumpido) son, con toda evidencia, repugnantes por unanimidad de las personas, de lo cual se desprende su inmoralidad. La masturbación, porque en ella existe la presencia y cooperación del sexo contrario; la repetición del acto interrumpido, porque aparte de las enfermedades nerviosas, se manifiesta con más violencia la ruptura del orden natural. Estamos ante un fenómeno de enajenación que tiende a generalizarse, pues el hombre considera su esencia y las relaciones constitutivas de su propio ser partiendo de una naturaleza deshumanizada y de esta forma se rompe lo que tiene de sagrado la vida, así como sus valores.

Tratándose de inseminación heteróloga, a los donadores se les considera padres que niegan la paternidad; rompen su vínculo con la descendencia. No abandonan solo un hijo, sino a muchos, mientras que la conciencia juzga a los hombres que abandonan a su familia y asimismo a los que venden a sus hijos.

*b) respecto de la mujer*

Aquí hay que distinguir dos casos; tratándose de mujer casada y de mujer soltera. La mujer soltera no tiene por qué sentir la reprobación social si su fecundación es en un laboratorio y sin satisfacción sexual alguna. Sin embargo, es obvio que entrega su intimidad a la reiteración de unas prácticas que pugnan contra el natural pudor femenino. Además, con su fecundación se rompe la presunción de que sea doncella de vida honesta.

Y qué sucederá cuando el hijo crezca y sepa que su madre no quiso darle un padre, que prefirió ser inseminada artificialmente con el semen de un tercero desconocido, quizás sienta la necesidad de tener una familia bien constituida integrada con su padre y madre.

En el fondo esta situación resulta un ataque contra la institución familiar, que exige, en términos generales, la colaboración de los dos sexos.

En el segundo supuesto, tratándose de mujer casada, ya ha quedado claro la ilicitud de meros procedimientos para hacer posible la fecundación con esperma del marido, siempre que sea previo un acto sexual completo y normal. La fecundación hecha con el esperma de un tercero, aún con el consentimiento del marido, atenta a la unidad del matrimonio y a la promesa de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos, dentro del matrimonio. Aunado a la ilicitud de traspasar los límites del orden de la naturaleza y de las instituciones sociales.

*c) respecto del marido*

Si la heteroinseminación se realiza sin el consentimiento del marido, se dice que los cónyuges no son dueños de su propio cuerpo. Además el marido se sentiría violado en sus derechos de fidelidad y aun en el supuesto de que se realizara con su consentimiento, al igual que sin su consentimiento no deja de ser una práctica inmoral y a veces hasta ridículo, el papel del marido, que permite el chapotear vaginal con su consorte por objeto, lo que resulta extraño dentro de la intimidad conyugal.

*c) respecto del hijo*

Resulta un peligro insuperable el hecho de que el hijo adquiriera un día conocimiento de las condiciones en que el ser le fué dado. Pues ya sabemos que los hijos naturales que no han conocido a su padre, crecen con complejos, a diferencia de la familia bien constituida, que canaliza la adecuación con el ambiente social y la propia conciencia repugna la paternidad anónima.

*e) respecto del médico*

La inmoralidad respecto de las actividades profesionales del médico en la fecundación artificial, se manifiesta en primer lugar, por tener que aconsejar alguna de las prácticas inmorales para obtener el semen, como ya hemos

visto. En segundo término, por la cooperación de la introducción de elementos extraños en una familia.<sup>(70)</sup>

Por nuestra parte creemos que la gran mayoría de los médicos aceptan indiscutiblemente la inseminación artificial como una forma más del avance científico, además de que su cooperación les conviene, porque a cambio reciben una determinada cantidad de dinero, aumentando así sus ingresos.

Observamos que la inseminación artificial desde un punto de vista ético ha sido rechazada, sin embargo no debemos olvidar que es una realidad, cuyas consecuencias tendrán que ser resueltas por el legislador, el doctrinario y el juez, pues es claro que esta realidad queda encima de teorías y fundamentos filosóficos basados en la moralidad, aunque no pretendemos que la ley regule normas inmorales, sino simplemente pugnamos por la elaboración de normas para que esta realidad se desenvuelva en un clima de seguridades y no en la inseguridad jurídica.

## B. DE CARACTER SOCIAL

Es importante estimar las consideraciones que la sociedad manifiesta, en cuanto a esta nueva forma de traer hijos al mundo. Esta es un área muy controversial y mientras algunas personas lo encuentran natural como un avance más de la ciencia, otros expresan su inaceptabilidad.

---

(70). Cit. Por. Flores García, F. Ob. Cit. P. 356.

Por otra parte la prensa presenta el problema como una gran suceso y podemos mencionar la cita que al respecto hace el abogado Harry D. Krause entre muchas otras para ilustrar nuestra exposición, el cual anota, que ésta resulta ser un area donde la prensa amarillista a utilizado frases muy alarmistas, con el fin de desarrollar temores en nosotros. Agrega que en Septiembre de 1984 la revista "Time" anunció al mundo con miles de encabezados "una pesadilla legal, moral y social": Reportando acerca de la inseminación artificial, llegando al punto de compararla con el Dr. Frankenstein, el cual mezclando sustancias creo la vida. (80)

Siguiendo la exposición de Fernando Flores en la revista Criminalia, anotamos que la inseminación artificial puede producir escándalos públicos, como es el hecho de que una mujer soltera de a luz un hijo. Asimismo, otro caso sería la divulgación de la esterilidad masculina bien diagnosticada, y posteriormente que su mujer quedase fecundada, lo cual si se guarda en secreto, se pensaría en un posible adulterio, y si no se guardase, más tarde llegarían los rumores a oídos del hijo, lo que traería consecuencias desfavorables para él.

Ahora bien, la multiplicación de las prácticas traerían problemas patrimoniales y familiares entre los parientes

---

(80). D. Krause, Harry. Artificial Conception. Legislative - Approach. Family Law Quarterly. Vol. XIX. Number 3, Fall, 1985. P. 186.

legítimos y los hijos nacidos por vía de inseminación artificial en forma heteróloga; lo que daría lugar a múltiples litigios, y los litigios no son índice de salud social.<sup>(81)</sup>

Parece ser que la inseminación artificial por vía heteróloga ha sido rechazada y reprobada desde un punto de vista natural - biológico, ético - religioso y el social en cuestión. En el cual, consideramos que se debe buscar siempre el interés más favorable para el hijo nacido por prácticas euteleológicas y la perpetuación de la familia. Es decir, proponemos que la autoinseminación o heteroinseminación, con consentimiento de ambos cónyuges, sólo debe realizarse cuando tenga por objeto cubrir la esterilidad de una pareja unida en matrimonio, cuya vida es armoniosa, con ansias de tener un hijo y que cuando éste venga al mundo, encuentre una familia bien constituida, que le proporcione una vida familiar, el amor y la educación que se merece. Por lo que deberá hacerse un estudio previo de la familia como es en el caso de adopción, con el fin de lograr el mejor interés del menor. Porque no debemos olvidar un principio básico que es luchar por la perpetuación de la familia que es el núcleo básico de la sociedad.

En el caso de la mujer soltera que desea ser madre, la inseminación artificial sería una buena opción para serlo, sin tener que relacionarse sexualmente con un hombre; no

---

(81). Flores García, F. Ob. cit. P. 366.

hace otra cosa que ejecutar válidamente un acto de voluntad que se funda en el ejercicio de un derecho genérico, éste es, el derecho de disponer de su persona, de su cuerpo y de su destino.

Para Gatti la inseminación artificial homóloga o heteróloga con consentimiento del marido o la heteroinseminación en mujeres solteras "no es ilícita ni inmoral ni tampoco objeto de una reglamentación legislativa represiva."<sup>(82)</sup>

El abogado Harry D. Krause que ya hemos citado, expresa su desacuerdo, en cuanto a la fertilización de mujeres que desean tener hijos sin estar casadas, basándose en el hecho de que cualquier persona debe de tener dos padres y sería realmente irónico pensar que al hijo se le niegue el derecho de tener dos padres. Esto se hace extensivo a las mujeres divorciadas y viudas.<sup>(83)</sup>

### C. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO.

En todos los países, la legislación contempla la fecundación natural como la única posibilidad de concepción, así es que cuando se refieren a su reglamentación, lo abogados, los legisladores y los jueces se encuentran perplejos ante realidades para las cuales el derecho no tiene todavía respuestas.

---

(82). Cit. Por. León Felt, P. ob. Cit. P. 62.

(83). D. Krause, H. Ob. Cit. P. 198.

Existe una postura que pugna por el silencio de la ley, es decir, dejar que sea la conciencia de cada individuo la que regule sus situaciones personales en el terreno de la procreación. Esta corriente rige especialmente en Francia.

A nuestro juicio esto no es aceptable, porque los conflictos surgidos entre los particulares que llegan a los tribunales, deben de ser ventilados. Un juez no puede dejar de legislar por falta u obscuridad de la ley: éste es un principio, establecido por el artículo 18 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, el cual prescribe que:

"Art. 18.-El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia."

Suecia cuenta con una ley que regula la inseminación artificial heteróloga y en los Estados Unidos, se considera lícita fuera de formalidad legal y algunas otras legislaciones del mundo distinguen entre el supuesto de que el marido haya dado su consentimiento para la inseminación y el caso de que no lo haya hecho. A este efecto la legislación de Estados Unidos en 16 Estados exigen el consentimiento por escrito.

La legislación mexicana no se ocupa de la regulación de la inseminación artificial, aunque se esté practicando con más frecuencia y se involucren en su práctica a los progenitores, donadores de semen, esposas de los donadores, mujeres "paridoras" y obviamente a los hijos. Sin embargo, se cuenta

con un conjunto de normas jurídicas, que deben regular esa realidad por lo que el juzgador, deberá aplicar viejos moldes a hechos nuevos.

Analizaremos algunos preceptos que pudieran dar una respuesta a esta nueva modalidad de traer hijos al mundo.

La procreación se entiende como una de la finalidades del matrimonio, que ha sido protegido por el derecho y se encuentra consagrado en el artículo 147 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, entre los requisitos para contraer matrimonio:

"Art. 147.-Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta."

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4o. establece lo siguiente:

"Art. 4o. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos".

Este precepto por un lado permite primeramente en hacer uso de los medios anticonceptivos, con el motivo de no procrear hijos, si no se desea, y por otra parte, no se deduce ningún impedimento de acudir a los modernos medios para lograr la paternidad o maternidad.

Por otra parte la Ley General de Salud, según el artículo 67 de dicha ley, la planificación familiar comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

De la misma ley el artículo 466 dispone lo siguiente:

"Art. 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuera menor o incapaz, realice en ella la inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo se le impondrá prisión de dos a ocho años."

"La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge."

Este precepto en su primer párrafo, tipifica un delito del sujeto activo que sería aquel que inseminare a una mujer sin su consentimiento, o a una mujer que no pudiese pronunciar consentimiento válido, por minoría o incapacidad.

Y por lo que se refiere al segundo párrafo encontramos que el incumplimiento de la norma establecida carece de sanción, y las únicas sanciones previstas son de carácter administrativo y sólo hacen alusión al sujeto activo, es decir,

al profesional que realiza la inseminación artificial sin el consentimiento del marido de la mujer y estas sanciones son: I. Multa; II. Clausura temporal o definitiva de la clínica, que podrá ser parcial o total y III. Arresto hasta por 36 horas.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de Enero de 1987, en su artículo 4o. Fracción XI, nos habla de la fertilización asistida, la cual:

"Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro."

Dicha inseminación según reza el artículo 58, del mismo reglamento, el cual prescribe literalmente que:

"Art. 58.- La investigación sobre fertilización asistida, sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador."

Este precepto claramente nos da la pauta para admitir la posibilidad de recurrir a la inseminación artificial y en virtud de que ninguna disposición la prohíbe, creemos que es necesaria su regulación en el Código Civil actual.

## CAPITULO CUARTO

### *DETERMINACION DE LA FILIACION A TRAVES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.*

#### 4.1. PROBLEMAS PARA DETERMINAR LA FILIACION CUANDO SE HA PRACTICADO LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Qué sucede si una mujer casada tiene un hijo mediante inseminación artificial dentro de los plazos legales y de acuerdo con la clásica máxima romana, "el marido de la esposa es el padre del hijo", a menos que exista el caso de desconocimiento de la paternidad. Asimismo, cuando una mujer traiga en su vientre un embrión concebido por otra mujer y que se le introdujo con el fin de llevarlo hasta la concepción. Son éstas algunas de las cuestiones que plantearemos en seguida.

En este apartado nos dedicaremos al estudio de uno de los temas más importantes de nuestro trabajo. En efecto, analizaremos nuestro Código Civil actual y los preceptos aplicables, relacionándolos con la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante la inseminación artificial, que es precisamente la piedra angular que sostiene nuestra tesis y es por ello la denominación de este ensayo.

*CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.*

ART. 324. "Se presumen hijos de los cónyuges"

FRACC. I.- "Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;"

La ley mexicana siguiendo la codificación Napoleónica, siempre ha considerado que todo nacimiento de un descendiente, es en razón directa de una unión sexual; y para solucionar tal acontecimiento la ley ha dicho que los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio; tales descendientes serán hijos de matrimonio.

Pero actualmente, ante la realidad de la inseminación artificial, resulta que si una mujer, cuyo marido es impotente en forma *GENERANDI* se hace inseminar con el semen de un tercero dador y el producto nace precisamente después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio será un hijo matrimonial, o será un hijo extramatrimonial. A simple vista parece ser una cuestión muy difícil de resolver, pero consideramos que en este caso resulta fundamental el consentimiento del esposo. Es decir, que si el marido ignora y no ha otorgado su consentimiento por escrito para que la mujer se insemine con el esperma de un tercero, dederá considerársele hijo nacido fuera de matrimonio, en el caso de que el marido impugne la paternidad.

Si el marido otorga su consentimiento para que el infante nazca de esta manera, será considerado simple y llanamente hijo matrimonial.

Por lo que es necesario que la mujer casada que pretenda inseminarse deberá ir acompañada por su marido, para que sea en ese acto donde ambos expresen su consentimiento por escrito.

Ahora bien, tratándose del marido impotente *COENDI* siempre habrá la manera de que su esposa se haga inseminar con esperma del mismo marido; en cuyo caso además de saber que el semen es suyo, habrá un principio de prueba por escrito que le haría imposible intentar la acción de desconocimiento de la paternidad y el hijo sería considerado inexorablemente, nacido de matrimonio.

ART. 324.

FRACC. II.- "Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

En el ejemplo aludido anteriormente, en el que la pareja no puede tener hijos, porque el marido es impotente *COENDI*, por lo que deciden someterse a la inseminación homóloga, esto es, con el semen del marido. Acudiendo para tal efecto a la

institución correspondiente, y donde ambos firman su consentimiento. Esa tarde el esposo sufre un accidente donde pierde la vida y su esposa se insemina a la semana siguiente como se había planeado; cuya operación fué exitosa y el infante nació después de los trescientos días de haber fallecido el padre.

En nuestro concepto, ese hijo es matrimonial, pues lo que sucedió es que biológicamente se retrasó la fecundación, ya que antes de morir el dador, quien de ninguna manera era anónimo, dió su consentimiento para que su mujer se inseminara con su espermia, o sea, que existe aquí una voluntad. Y por lo tanto, el infante tendrá derecho a la partición de la herencia, para lo cual deberá presentar la viuda el consentimiento del *de cujus* por escrito, si es que se opone alguna persona interesada.

Sin embargo, la ley no dice nada al respecto de como resolver estos casos, que si bien es cierto aún no se han presentado en México, sabemos que no tardarán en llegar a los juzgados casos similares que el Juez tendrá que resolver. Por lo es necesario que las leyes sean modificadas, en relación a la inseminación artificial y como consecuencia a la paternidad y filiación.

ART. 325.- "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento

veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

Con la realización de la inseminación artificial, no hay lugar a dudas de que el artículo en cuestión, debe ser modificado, porque la sociedad va evolucionando, así como la ciencia y el legislador de 1928, a pesar de su enorme sabiduría, no previó un procedimiento conocido, pero que estaba muy lejos de ser una práctica común, y que cincuenta años más tarde, habrían de venir al mundo personas en un tubo perfectamente esterilizado, sin necesidad de recurrir al coito. Por lo que se desprende del artículo en análisis que resulta incompleto, sólo basta recordar la última gran guerra donde los soldados mandaron esperma por avión, para que sus mujeres fueran inseminadas.

Ahora bien, supongamos que en este caso, el padre donador por X razón, se arrepiente e inicia un juicio de desconocimiento de la paternidad, invocando el artículo 325 y alega que el hijo no es suyo, en virtud de que le fué *FISICAMENTE IMPOSIBLE TENER ACCESO CARNAL CON SU ESPOSA*, ya que se encontraba combatiendo en lugares muy lejanos, durante la presunta época de la concepción. Quiere decir pues, que la esposa y el hijo serían las víctimas de su cambio de actitud.

Consideramos que el marido no podrá desconocer al hijo nacido mediante la inseminación artificial, pues si ésta es homóloga desde luego, no hay ningún problema, porque el hijo es inexorablemente de ambos progenitores ( padre y madre ),

pero si hay consentimiento por escrito del marido, en caso de heteroinseminación, éste equivaldría a una manifestación de voluntad procreacional, por lo que el padre asumiría todos los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad, la cual no podría desconocerse.

ART. 326.- "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa."

Este artículo es otra faceta del anterior y en sus últimas líneas nos remitimos al anterior, pues en lo que respecta al acceso carnal, ya se sabe que la concepción puede darse sin este factor. Por otra parte, cuando ha habido una inseminación se puede probar con el consentimiento de ambos cónyuges por escrito, lo que anularía cualquier cuestión de duda.

ART. 327.- "El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre."

Si ya mencionamos con antelación que el marido había donado su semen, para que con él se pudiera inseminar a su esposa, ya que existía una malformación en los órganos genitales de él que impedía la ascensión del esperma hasta el óvulo. Debemos de hacer el análisis de dos situaciones; la primera se refiere a la mujer que se insemina después de que se haya declarado la separación provisional de los cónyuges, en cuyo caso, consideramos que el hijo nacido después de los trescientos días siguientes a dicha separación, es hijo de matrimonio, porque insisto que en las prácticas inseminadoras importa sobre todo la voluntad de las partes que intervienen en ella.

Ahora bien, una segunda situación sería en el caso de que la mujer se inseminara una vez que hubiese causado ejecutoria la sentencia de nulidad o de divorcio, y el hijo naciera después de los trescientos días en que causó ejecutoria la sentencia definitiva. Creemos que en esta hipótesis, el hijo sería considerado nacido fuera de matrimonio, toda vez que no sería justo para el marido, cargar con una responsabilidad, ante un cambio de situación, como sería el caso de que la mujer resulte ser la cónyuge culpable en un caso de divorcio necesario y pretenda actuar ventajosamente para obtener una pensión alimenticia o aspirar a una porción hereditaria para su menor hijo.

ART. 334.- "Si la viuda, la divorciada, o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajere nuevas nup-

cias dentro del período prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:"

"I.-Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;"

"II.-Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio."

"El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye."

"III.-El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio."

Respecto de la fracción la. que hace alusión al hijo que nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio, aplicamos la solución referida en el precepto anterior, en lo que se refiere a nulidad de

matrimonio o divorcio. Queda sin analizar el caso de que el marido falleciera y la esposa se hiciera inseminar cuatro meses después con el semen de él, presentando un escrito donde consta su consentimiento y que donó su semen antes de morir. Y el hijo nace después de los trescientos días de la disolución del matrimonio. Sin embargo, para ese entonces la viuda tenía dos meses de haber contraído nuevas nupcias, por lo que el hijo nace después de los ciento ochenta días contados desde la fecha en que se celebró el segundo matrimonio.

Siguiendo la letra de la ley, el infante será del segundo marido, pues nació después de ciento ochenta días de haberse celebrado el segundo matrimonio y trescientos días después de la disolución del primero, pero debemos tomar en cuenta que el fallecido, no retiró su voluntad para que su mujer fuera inseminada con el semen que el mismo donó.

En principio, el hijo es del primer marido, pues la esperma estaba destinado a fecundar a su esposa y no hubo retractación al respecto y la mujer podrá probar la paternidad del primer marido con el consentimiento por escrito que hicieron ambos progenitores.

Ahora bien, con respecto al segundo marido, si fué engañado y no conocía el hecho, podrá demandar el divorcio necesario, invocando la causal de injuria grave y como resultado podrá desconocer la paternidad invocando el artículo 325 del Código Civil en cuestión, con el fin de que se pueda demostrar que su mujer fué inseminada con el esperma de otro, sin su

consentimiento en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Con respecto a la segunda y tercera fracción del precepto en análisis, son aplicables las reglas que ya hemos establecido anteriormente.

ART. 374. "El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo de otro hombre distinto del marido, sino cuando este lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo."

Si en un matrimonio, la mujer decide hetero-inseminarse con el consentimiento del marido y en consecuencia el hijo será considerado como nacido de matrimonio y el padre no podrá desconocerlo porque ha expresado su consentimiento. Sin embargo, puede suceder que la inseminación se realice sin la autorización del marido, razón por la cual éste tendría derecho, como ya lo hemos mencionado a invocar la acción de desconocimiento de dicho infante, sin perjuicio de demandar el divorcio.

Dándose estos supuestos ahora sí, el donador anónimo podrá reconocer al hijo, una vez que éste se ha declarado que no es hijo del marido, siempre y cuando la mujer aceptase o el hijo si ya es mayor de edad. Pero es bien sabido, y ya hablamos del anonimato del donador, ya que las características constan nada más en términos generales, por lo que se hace imposible toda identificación, además en el banco de semen o en

el lugar donde se guarde el semen, desde el momento en que se presenta el donador, después de una serie de estudios, deberá cuidarse que no consten en ningún lugar los datos personales de éste, sino solamente la descripción general

Por lo que el hijo en el caso concreto no tiene acción para reclamar su filiación al dador, y éste tampoco puede reconocerlo, especialmente porque carece de voluntad procreacional.

ART. 382.- "La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:"....

Este precepto señala cuatro casos con los que se puede intentar la acción de investigación de la paternidad. Aunque a simple vista no se requeriría una modificación, puesto que si en una pareja que no está unida en matrimonio, el hombre es estéril en forma *GENERANDI* y la mujer se hace inseminar con semen de un tercero, en el supuesto, de que posteriormente el hombre no acepte reconocer al menor, la mujer podrá iniciar un juicio de investigación de la paternidad, argumentando el consentimiento del padre, basándose en la fracción IV del artículo que estamos analizando, presentando el consentimiento por escrito del padre, el cual resulta ser un principio de prueba en contra del pretendido padre. Pero nunca podrá investigarse la paternidad en contra del donador anónimo, ésta deberá quedar prohibida.

Hemos hecho algunos planteamientos y dando posibles soluciones en cuanto a la determinación de la filiación paterna, mediante el análisis de algunos preceptos del Código Civil Vigente para el Distrito Federal. Sin embargo, hay algo más, como es el trasplante de embrión de una mujer embarazada a otra que no lo está, por no encontrarse la primera por ciertos motivos en condiciones de continuar el embarazo, lo cual también trae problemas jurídicos aún mas graves para determinar cual es la verdadera madre, si la que concibió o la que dió a luz.

Primeramente observamos que el caso del llamado "préstamo de útero" o "maternidad subrogada" anota Carmen García Mendivea supone dos actos teóricamente separables entre sí a) contrato con la mujer que prestará el útero hasta el momento del nacimiento del hijo, y b) entrega del infante a la pareja, cuya mujer es estéril.

De acuerdo con el sistema jurídico mexicano, esta forma de procreación no está legalmente permitida, debido a que el contrato oneroso o gratuito que llevaría a cabo la pareja con la madre paridora o subrogada, sería inexistente para el derecho y ninguna de las dos partes podrían ejercer acciones tendientes a obtener su cumplimiento. Porque el artículo 1794 del Código Civil vigente para el Distrito Federal menciona que para la existencia de un contrato se requiere un "objeto" que pueda ser materia del contrato, el cual debe existir en la naturaleza, ser determinable en cuanto a su especie y por último estar en el comercio.

La gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres, por lo que dicho contrato sería inexistente por carecer de uno de los elementos de existencia de los contratos que es precisamente el objeto.

Por otra parte ¿quién es madre para la ley? Madre es aquella que da a luz al hijo, y aun habiendo trasplante de embrión resulta indiferente para la ley, pues madre es la que lleva al hijo en su vientre y la que da a luz y se refiere al hecho del parto, al hablar de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 300 dice que con relación a la madre, la filiación resulta del solo hecho del nacimiento. Es decir, que las normas para establecer la maternidad se basan en el hecho del parto, al igual que las normas del Registro Civil.<sup>(80)</sup>

Difiere de esta opinión Pedro León Felt y Díaz de Guíjarro citado por el primero, pues estos autores hacen alusión al plazo de concepción, es decir, que la maternidad debe regirse por el mismo principio que determina la paternidad, por lo que se deduce que madre es quien concibió y no quien alumbró.

La maternidad subrogada resulta ser una cuestión muy delicada, es por ésta razón que pugnamos por su regulación con el fin de evitar conflictos que pudieran suscitarse, tratando de imputarse la maternidad de un menor.

---

(80). García Mendieta, C. Ob. Cit. PP. 55 y 56.

Una cuestión que se plantea cuando no habido un préstamo de útero, sería la controversia que se generaría en el ejemplo de que una pareja, cuya mujer es estéril en forma *GENEALANDI*, decidieran inseminar artificialmente con el semen del marido a otra mujer que se preste para ello. En este caso los padres biológicos serían el marido y la madre subrogada, sin embargo, los padres legales serían los esposos que han contratado. Pero qué sucedería si la madre biológica, aún después de haber firmado su consentimiento se arrepintiera de entregar al hijo, el cual, fue concebido por ella y lo llevó en su vientre hasta la gestación. Podrían obligarla a entregarlo sin que exista una ley que lo exija sería justo que entregue a su propio hijo.

Otro supuesto sería que el óvulo fecundado por la pareja se introdujera en otra mujer que no es la esposa, por la razón de que a la madre biológica le es imposible continuar el embarazo. Entonces los padres biológicos, serían los mismos legales, aún así la madre gestadora puede negarse a entregar al bebé, o yéndonos más lejos, la madre paridora puede extorsionar a la pareja legal con un posible aborto o bien, no seguir los cuidados necesarios para que el hijo nazca sano.

También podría suceder que el esperma se inseminara en una mujer que no es la esposa y posteriormente cuando se haya dado la fecundación, se extrajera el óvulo, con el fin de introducirlo en otra mujer que tampoco es la esposa. En este caso observamos la existencia de una madre legal, que es la

que ha contratado y pagado una cantidad de dinero, una madre biológica que es la que ha concebido al embrión y finalmente la madre gestadora o paridora que llevó al hijo hasta el nacimiento.

Consideramos que si se regulara debidamente la maternidad subrogada o préstamo de útero, se evitarían conflictos suscitados, en cuanto a determinar la maternidad, si la ley estableciera; que madre es aquella que tiene verdaderas ansias de tener un hijo y que ha contratado para que sea otra quien lo conciba o solamente para que lo lleva hasta el nacimiento, cuando ya ha sido fecundado por ella. Esto por la razón de que la madre gestadora no tiene deseos maternales, sino solamente obtener un beneficio monetario a cambio de traer el embrión en su vientre hasta el alumbramiento y entregarlo a los padres legales.

Por lo anteriormente expresado, decimos que madre será aquella unida en matrimonio que ha contratado y pagado una cantidad de dinero, para que sea otra la que conciba al hijo o solamente llevarlo hasta el nacimiento, esto es, debido a la voluntad procreacional y responsabilidad procreacional de la madre legal.

Por último, consideramos que de llevarse a cabo "la maternidad subrogada" o "préstamo de útero", sería necesario inexcusablemente el consentimiento por escrito de los padres legales, así como de la madre subrogada, ya sea madre biológica y gestadora, o sólo lo segundo, los cuales se someterían a ciertas cláusulas, con el fin de evitar controversias de maternidad.

#### 4.2. EFECTOS JURIDICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Es indudable que la práctica eutelegénica tiene repercusiones jurídicas tanto en materia penal, así como en la civil. Si bien es cierto que la materia penal no es el fin de la presente tesis, también es cierto que es menester conocer este campo, puesto que en la práctica eutelegénica resulta indiscutible que dentro de ella existen repercusiones sobre todo en las figuras delictivas de los parentescos adulterinos, incestuosos, términos que actualmente han desaparecido, así como en el delito de violación.

Esta situación se ha convertido en una práctica cada vez más usada, por lo que es necesario dar la mejor solución; esto es no oponiéndose a ella y reglamentarla. Sin embargo, sabemos que cuando se le de más difusión a esta práctica, la voz pública se hará escuchar empezando por la iglesia, en el sentido de rechazarla a toda costa. Pero no debemos olvidar que México, un país con ideas liberales, después de haber logrado la separación entre la Iglesia y el Estado, podrá exponer sus ideas, regulando la inseminación artificial, por ser esto indiscutiblemente necesario, pero siempre deberá tonarse en cuenta para su regulación el interés de la familia y de la sociedad.

Debido a la falta de legislación sobre la inseminación artificial en la mayoría de los países, cuando

comenzaron a llegar a sus tribunales los conflictos derivados de la heteroinseminación, la tendencia jurisprudencial fue la de considerar que había en estos casos adulterio de la mujer.

Expondremos algunas de las decisiones que se han dictado en algunos países del mundo y soluciones que se han planteado con motivo de la inseminación artificial y el congelamiento de embriones siguiendo con las exposiciones de Harry D. Krause, Fernando Flores G. y Carlos A. Lazcano:<sup>(81)</sup>

Así por ejemplo, el Tribunal Supremo de Ontario (Canadá) en el proceso Osford Vs. Osford, culpó de adulterio a una mujer inseminada artificialmente en Inglaterra, mientras su marido residía en Toronto. Se decidió la ilegitimidad del infante y la persecución del dador, como cómplice, si fuese conocido.

En otro caso, el proceso de Rusell, la justicia británica, calificó de adulterio la inseminación por dador. También al campo civil pertenece una sentencia dictada por el Tribunal Civil de Roma del 19 de abril de 1956, que declaró adulterinos a los hijos nacidos a través de inseminación artificial, aún realizada con el consentimiento del marido estéril.

El texto del Senado de nueva York decía

---

(81). D. Krause, H. Ob. Cit. pp. 192 y ss. Vid. Flores García, F. Ob. Cit. FF. 307 y ss. Vid. Lazcano, Carlos A. Ob. Cit. P. 408.

literalmente así: "un hijo nacido de mujer casada por medio de inseminación artificial con el consentimiento tácito o expreso de su marido, será considerado legítimo hijo de ambos; y tal marido y esposa y tal hijo tendrán entre sí las relaciones legales de padre e hijo, y tendrán todos los derechos y estarán sujetos a todos los deberes de esta relación, incluyendo los derechos de herencia."

El del Senado de Virginia expresaba lo siguiente: "Hijos nacidos como resultado de inseminación artificial, será considerado lo mismo que el hijo legítimo a todos los efectos, si el marido de la madre ha consentido a la operación."

Respecto del donador de semen, aún en el caso de comprobarse su procedencia, resulta del sistema legislativo civil español, que sólo es padre quien concibe por cohabitación. Asimismo, en el derecho francés, germano y suizo, la falta de certeza absoluta de la paternidad por la vía de inseminación artificial quedaría privado el reconocimiento que pretendiese hacer su padre biológico (donador seminal).

En Inglaterra, la demanda de una mujer de anulación de matrimonio, en razón de no haberse consumado el matrimonio por impotencia del marido, pero en el que la actora por obra de inseminación artificial con semen de su esposo, había dado a luz un hijo.

La primera cuestión que se planteó se refería a

que si la operación realizada con consentimiento de la esposa equivalía a la consumación del matrimonio, a lo que el Juez consideró que el matrimonio no estaba consumado y que la mujer por el hecho de la inseminación artificial no había renunciado a demandar su nulidad.

En Nueva York, una demanda emanada de una mujer separada judicialmente de su marido, la cual tenía la custodia de su menor hija, después de una prueba sanguínea, con el fin de suprimir el derecho de visita, donde se demostró que el padre legal no era biológico y por tanto la esposa se había inseminado artificialmente con esperma de un tercero. En cuyo caso el Juez declaró que el marido tenía derecho sobre su hijo, el cual debería ser considerado como legítimo. ("New York Times", 13 de enero de 1950).

Otra hipótesis que se ha suscitado es la de un matrimonio, cuando el hombre es estéril y autoriza la inseminación artificial de su esposa con semen donado. En el cual, se pretende considerar *COMO SUPUESTO DE ADOPCION PRENATAL*; argumentando que es diferente puesto que el hijo adoptado es extraño y en la inseminación artificial el hijo cuando menos tiene la mitad de afinidad y descendencia de los padres, además por la razón de que al adoptado se le considera siempre como *EXISTENTE Y NACIDO*.

En la actualidad en algunos países han dado una solución o establecido algunos estatutos o leyes relacionados con el uso de los embriones congelados.

Así el Estado de Luisiana, la legislación adoptada al respecto de los embriones congelados establece lo que los médicos pueden hacer con los embriones, en caso de la muerte de la madre, prohibiendo como principio general, su destrucción o su uso para experimentación; en tal caso hay que encontrar una donataria casada. Pero generalmente los convenios celebrados entre la pareja y la institución que dirige la fertilización, no prevén los detalles jurídicos acerca de los conflictos que pudieran suscitarse.

Los doctores se arriesgaron cuando congelaron embriones, sin tomar en consideración que podría suceder posteriormente. Y en 1984, el profesor Lovis Waller, sesionador de la Comisión de Reforma Victoria, recomendó que los embriones se deberían de descongelar y desechar. Pero no mucho después, la legislativa Victoria ordenó mantenerlos vivos.

En Estados Unidos, en 1979 se trató un amplio estudio que presentaba el tema de "Transferencia de embriones y fertilización *in vitro* de seres humanos", este caso fué cerrado y a partir de esa fecha varias comisiones se han ofrecido al tema y en muchos juzgados se han presentado audiencias, pero no se ha resuelto ningún aspecto aún. Otras leyes que se han creado prohíben la investigación fetal y de la misma manera la venta o donación de óvulos, o prohibición sobre la experimentación de embriones o material de desecho fetal.

Los estatutos de Minessota e Illinois pugnan por la protección de la salud del producto y en Illinois se

deberá contemplar las leyes que se refieren al maltrato de los infantes.

En Maryville, Tennessee, el 21 de septiembre de 1989 otorgan a una mujer la "custodia" de siete embriones en un caso de divorcio que fueron fertilizados por su exmarido, con el fin de que los llevara hasta su alumbramiento, puesto que el juez determinó que la vida comienza en el momento de la concepción. Sin embargo esta decisión no fué aceptada por el marido, quien apelaría ante las cortes.

Con relación al terreno penal se han plantado algunos fallos que anota Eugenio Cuello Calón, los cuales pasaremos a exponer:<sup>(82)</sup>

En 1958 en Italia, Carlos Faeda se querelló ante el Pretor de Padua en contra de su mujer Carla Cassaroti, de la cual estaba consensualmente separado de hecho desde 1956 y el mes de mayo de 1957 la esposa dió a luz, argumentando la inculpada que fué inseminada artificialmente con semen de un tercero.

El fiscal sostuvo que la mujer había atentado contra la fidelidad conyugal, por lo que debería considerársele adúltera. Sin embargo, el Pretor absolvió a la procesada, basándose en las siguientes consideraciones: a) el bien protegido por la norma sobre el adulterio es el derecho del cónyuge a la exclusividad sexual, por tanto, solo pueden constituir este delito los hechos calificados como actos sexuales; b) la inseminación arti-

---

(82). Cuello Calón, Eugenio. Revista Jurídica Veracruzana. No. 3  
T. XII. Mayo - Junio de 1961. P. 129.

ficial es un hecho exclusivamente biológico, sin relación con la sensualidad. También se alegó que en el adulterio la ley exige elementos constitutivos de dualidad de conductas, elemento que no concurre en la inseminación artificial.

Posteriormente otro fallo en materia penal en 1959, el Tribunal de apelación de Padua, mantuvo un criterio contrario al anterior al resolver que la mujer que se somete a la inseminación artificial, con semilla no proveniente de su marido comete el delito de adulterio precisamente por traicionar el deber de fidelidad, en cuanto introduce en la familia un hijo extraño.

La mayoría de los penalistas, consideran elemento sustancial del adulterio la conjunción carnal y de igual modo la Jurisprudencia siguiendo la misma orientación, ha declarado que el delito de adulterio aparte de la conjunción carnal, se requiere también los actos de lasciva, desde tiempos remotos se ha considerado este delito como un hecho sexual.

Sin embargo, otros autores y el Tribunal de apelación de Padua, sustentan que no es la fidelidad sexual, sino el orden jurídico matrimonial, la genitalidad, es evidente que la inseminación artificial en la mujer casada en forma heteróloga constituye adulterio.

En Mexico resulta claro que no existe el adulterio, aun cuando no medie consentimiento del esposo, puesto que en el Código Penal Mexicano se trata de un delito sexual. Presupone la relación carnal con personas de distinto sexo;

ademas se exige "que el adulterio haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo" (art. 273). Ya las leyes de Partidas hacían referencis al adulterio como el acto que comete un individuo que "yace en ayuntamiento".

Quizá lo que el legislador pretendió proteger, además de la fidelidad conyugal fué el no llevar sangre extraña a la familia y notamos que a la heteroinseminación, se le considera como adulterio, precisamente por la introducción de un extraño a la familia. Pero en este caso definitivamente hay ausencia de cópula carnal, aunado al consentimiento del marido. Sin embargo, aunque éste no existiese, queda descartada toda posibilidad de equiparación con el adulterio.

Seguido a esto analizaremos nuestra legislación a la luz del derecho, con el fin de proponer alguna solución a la práctica en cuestión.

Primeramente observamos el capítulo que se refiere a los requisitos para contraer matrimonio:

El artículo 147 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal dispone que:

"Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta."

Por tanto, si se estableciera una cláusula, mediante la cual se prohibiera que en caso de imposibilidad para

procrear por alguno de los cónyuges, se podría recurrir a la eutelegenesia ya sea en forma homóloga o heteróloga. Como resulta una condición contraria a la perpetuación de la especie, se le tiene por no puesta, entonces se permite su práctica. Por otra parte el artículo 4o. de Nuestra Carta Magna nos dice:

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos"

Que como ya lo hemos mencionado, de este precepto no se infiere algún impedimento para lograr la paternidad o maternidad, acudiendo a las técnicas biológicas modernas.

El artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, que se refiere a las causas de divorcio, menciona:

"I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges."

Es el adulterio, una de las figuras más importantes que repercuten en cuanto a las prácticas heteroinseminadoras, tanto en materia civil, como en la materia penal, la cual ya ha quedado analizada, y en cuanto se refiere al adulterio como causal de divorcio, que mediante los medios idóneos debe probarse que hubo una violación a la fidelidad conyugal. Por ejemplo, en un matrimonio donde el esposo es impotente en forma *GENERANDI*,

la esposa se hace inseminar sin el consentimiento del marido, haciéndose pasar por mujer soltera o simplemente el profesional accede a inseminarla a sabiendas de las sanciones de carácter administrativo previstas en la Ley General de Salud que le son aplicables.

Aunque notamos que definitivamente se está violando la fe conyugal, habíamos mencionado que el adulterio no se puede dar, sino existe un ayuntamiento carnal. Dado que en la inseminación artificial no ocurre tal ayuntamiento, no puede configurarse adulterio ni como delito, ni como causal de divorcio.

Del mismo artículo 267 la fracción XI establece que:

"La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro."

En el caso de que la esposa se hiciera inseminar con semen de un tercero, sin consentimiento del marido, éste podría invocar este hecho como una injuria grave, puesto que ya dijimos que no se tipifica la causal de divorcio por las razones ya expuestas. Lo mismo sería para el caso de que el hombre donara su esperma para que con él se inseminara a una mujer que no es la esposa, la cual también podría invocar esta causal.

#### 4.3. INEFECTIVIDAD DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En 1928, fecha de publicación del Código Civil vigente para el Distrito Federal, no reguló, ni previno la inseminación artificial y no porque su práctica fuese desconocida, sino porque tal vez estaba en una etapa experimental y muy lejos de llegar a ser una práctica común; pero no fué así, y ya en el mundo se han presentado litigios respecto de dicha realización y en México ante el aumento de las práctica inseminadoras, no tardarán en llegar conflictos ante los tribunales que inexorablemente el Juez deberá resolver.

Toda nuestra legislación sobre la familia con relación a los padres e hijos, está basada en la procreación de los hijos por los medios naturales. Es decir, que se contempla la fecundación natural como única posibilidad de concepción de un nuevo ser.

En México el procedimiento de la inseminación artificial y la maternidad subrogada, crean varios problemas en el campo civil, así como en el campo penal, los cuales resultan aún más graves, debido a la imposibilidad de aplicación del Código Penal por analogía, a diferencia del Derecho Civil que si lo permite, lo que ayuda en determinados casos a resolver algunos problemas que se puedan plantear.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, ante la realización de la inseminación artificial resulta ineficaz con respecto a algunas materias como son las del matrimonio y divorcio, paternidad y filiación, derecho sucesorio, etc. Sin embargo, haremos énfasis en cuanto a la filiación concebida, por ser el principio fundamental del presente ensayo.

Si en efecto, el procedimiento de la Inseminación artificial realizado en seres humanos pone en peligro la filiación, pues bien es sabido que toda reglamentación que el legislador formula acerca de la filiación parte de tres posturas fundamentales que anota Carmen García Mendieta:<sup>(83)</sup>

Primeramente sabemos que todo nacimiento es necesariamente fruto de la cópula física entre un hombre y una mujer; en segundo lugar, la maternidad se determina por el hecho del parto (*mater semper certa est*) y por último la paternidad sólo puede ser conocida a través de las presunciones que la ley establece con base a los plazos legales de concepción.

Actualmente la separación entre el acto sexual y la procreación, puede asumir dos formas: la primera se refiere a la posibilidad de haber acto sexual sin procreación, a causa de las medidas anticonceptivas y la segunda es la relacionada con la procreación, sin preceder la conjunción carnal. Asimismo, una mujer puede dar a luz a un hijo que no fué biológicamente

---

(83). García Mendieta, C. Ob. Cit. P. 48.

concebido por ella, sino que le fué implantado un óvulo con el fin de llevarlo hasta el alumbramiento.

Con lo anterior expresado queda de manifiesto el peligro que encierra la inseminación artificial realizada en seres humanos, en lo concerniente a la materia de filiación, pues si bien es cierto que la maternidad se prueba con el solo hecho del nacimiento, también es cierto que la paternidad a diferencia de la maternidad es un hecho de difícil comprobación por los motivos a que ya hemos hecho referencia anteriormente, es por esta razón que la ley dicta una serie de presunciones con el fin de establecer la paternidad. Estas presunciones las establece el artículo 324 y 325 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, las cuales han quedado obsoletas, ante las técnicas modernas de procreación como es el caso de la heteroinseminación, así como de la teleinseminación.

#### 4.4. NECESIDAD DE REFORMAR EL TÍTULO DE LA PATERNIDAD Y LA FILIACION.

Primeramente propondremos una reforma al artículo 267 del Código Civil Vigente para el distrito Federal, que aunque no se refiere al título de paternidad y filiación, si es necesario una modificación, con el fin de adecuarlo a la realidad.

ART. 267.- "Son causales de divorcio"

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los conyuges, no considerándose como tal a la inseminación artificial heteróloga.

Las fracciones II a la XVIII quedan intocadas.

Sin embargo, creemos necesario la anexión de dos fracciones mas al artículo en cuestión, en los siguientes términos:

XIX.- El sometimiento voluntario de la esposa a la inseminación artificial heteróloga, sin el consentimiento expreso de su conyuge.

XX.- El acto de donación de esperma hecho por el marido, sin el consentimiento expreso de la esposa.

ART. 324. "I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, incluyendo a los hijos nacidos mediante inseminación artificial heteróloga, siempre y cuando medie consentimiento expreso del marido.

II.-...

III.- Los hijos nacidos después de trescientos días de la disolución del matrimonio, aun cuando hayan sido concebidos por medio de inseminación artificial homologa o heteróloga, siempre que el marido no haya revocado su supuesto consentimiento por escrito.

ART. 325.- " Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los

trescientos que han precedido al nacimiento, así como también que el marido pruebe que su mujer fué inseminada artificialmente en forma heteróloga, sin su consentimiento.

ART. 326.- " El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, (o) que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su mujer o que demuestre que su mujer fué heteroinseminada, sin que mediara su consentimiento.

ART. 327.-...

ART 327 bis. El marido no podrá desconocer al hijo nacido mediante inseminación artificial, después del término a que alude el artículo anterior, sino ha retirado su consentimiento por escrito.

ART. 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, exceptuando al donador de esperma, el cual nunca podrá reconocer al hijo de una mujer inseminada artificialmente con su semen.

## CONCLUSIONES

1.- En México, así como en muchos países del mundo se está dando una nueva modalidad de procrear hijos, mediante la inseminación artificial.

2.- Como consecuencia de la anterior conclusión queda de manifiesto que la materia relativa a la filiación, debe sufrir modificaciones.

3.- Considero aceptable la inseminación artificial homóloga, es decir, la que se realiza con el semen del marido, así como la inseminación artificial heteróloga, en la que se requiere la ayuda de un tercero donador de semen, la cual deberá ser un remedio a la esterilidad de las parejas, por lo que no deberá hacerse con fines terapéuticos o de conveniencia personal.

4.- Se propone que en el caso de heteroinseminación, el donador siempre sea anónimo a fin de evitar problemas de filiación.

5.- En la heteroinseminación como consecuencia del anonimato del donador, no deben establecerse vínculos de filiación entre éste y el infante.

6.- Para la realización de la inseminación artificial homóloga o heteróloga, es requisito indispensable el consentimiento por escrito de la pareja que la requiera, con el fin de evitar conflictos de paternidad.

7.- Considero que la congelación de embriones deberá hacerse con autorización judicial, y en parejas unidas en matrimonio, cuando por alguna razón poderosa tengan que separarse, con la obligación de activar el embrión lo antes posible a juicio del médico.

8.- La ley debe regular debidamente el "préstamo de úteros" con el fin de que la madre legal sea aquella que ha contratado con la madre subrogada.

9.- Actualmente ante la carencia de normas que regulan el "préstamo de úteros" es indispensable que las personas que intervengan en dicha operación, expresen su consentimiento por escrito y se sometan a una serie de cláusulas específicas, para evitar problemas posteriores en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

10.- Considero necesario el permiso de las prácticas eutele genésicas, en virtud de que si el estado las prohibiera, seguramente se seguirán realizando, obteniendo las

personas que la realizaran un castigo, sin embargo, sería muy difícil determinar la filiación de los hijos nacidos mediante la práctica en cuestión.

11.-El Código Civil Vigente para el Distrito Federal, deberá modificarse con el fin de afirmar las estructuras naturales de parentesco, en la forma siguiente:

ART. 267.- ...

I.- ..."No considerándose como tal la inseminación artificial heteróloga".

"XIX.-El sometimiento voluntario de la esposa a la inseminación artificial heteróloga, sin el consentimiento expreso de su cónyuge."

"XX.-El acto de donación de esperma hecho por el marido, sin el consentimiento expreso de la esposa."

ART. 324.- ...

I.- ..."incluyendo a los hijos nacidos mediante inseminación artificial heteróloga, siempre y cuando medie el consentimiento expreso del marido."

II.- ...

"III.-Los hijos nacidos después de trescientos días de la disolución del matrimonio, cuando hayan sido concebidos por medio de inseminación artificial homóloga o heteróloga, siempre que el marido no haya revocado su consentimiento."

ART. 325.- ... "así como también que el marido pruebe que su mujer fue heteroinseminada artificialmente sin su consentimiento."

ART. 326.- ... "o que demuestre que su mujer fue heteroinseminada, sin que mediara su consentimiento."

ART. 327.- ...

"ART. 327 bis.- El marido no podrá desconocer al hijo nacido mediante inseminación artificial después del término a que alude el artículo anterior, si no ha retirado su consentimiento por escrito."

ART. 374.- ... "exceptuando al donador de esperma, el cual nunca podrá reconocer al hijo de una mujer inseminada artificialmente con su semen."

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, Manuel

El Reconocimiento de la Filiación Natural.

Edic. 3a. Ed. Bosch.

Barcelona España. 1954.

A. M. TERABÍ, Roberto.

Los Hijos Extramatrimoniales.

Edic. 9a. Ed. Lomas Tipográfica.

Editora Argentina.

Buenos Aires, 1954.

BONNECASSE, Julien.

Elementos de Derecho Civil.

Trad. por José M. Cajica.

T. I. Nociones preliminares,  
personas, familia, bienes.

Edic. 1a. Ed. José M. Cajica Jr.

México, 1945.

B. BUSSO, Eduardo.

Código Civil Anotado

T. II. Familia. Edic. 1a.

Ed. Ediar. Buenos Aires, 1958.

B. BALDASARRE, Pedro.

Derecho Civil.

T. II. Edic. 1a.

Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1944.

CASTAÑO TOBENAS, José.

Derecho Civil Español Común y Foral.

T. IV. Edic. 5a.

Ed. Reus. Madrid, 1942.

CICU, Antonio

La Filiación

Trad. de Faustino Giménez Arnaud y

José Santacruz Tejeiro.

Edic. 1a. Ed. Revista de Derecho Privado.

Madrid, 1930.

CLEMENTE DE DIEGO, F.

Instituciones de Derecho Civil Español.

T. II. Edic. 9a.

Ed. Est. Tipográfica. Madrid, 1959.

COLIN, H. y CAPITANT, G.

Curso Elemental de Derecho Civil.

T. I. Edic. 3a.

Ed. Reus. Madrid, 1952.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO.

T. IV. Edic. 1a.

Instituto de Investigaciones Jurídicas.

UNAM. México, 1983.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA

T. XII. Edic. 1a.

Ed. Bibliográfica Argentina.

Por la Dra. María E. Itzigsohn de Fiscaman.

FERNANDEZ CLERIGO, Luis.

El Derecho de Familia en la Legislación

Comparada. Edic. 2a. Ed. Hispano - ame-

ricana. México, 1947.

FUEYO LANERO, Fernando.

Derecho Civil.

T. IV. Vol. III. Derecho de Familia.

Edic. 1a. Ed. Imp. y Lito Universo.

Santiago de Chile, 1959.

GALINDO GARFIAS, Ignacio.

Derecho Civil.

Edic. 5a. Ed. Porrúa.

México, 1980.

GUTIRON FUENTEYOLLA, Julian.

Que es el Derecho Familiar.

Edic. 3a. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales.

México, 1987.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.

El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos  
de la Personalidad y Derecho Sucesorio.

Edic. 2a. Ed. Cajica.

México, 1982.

IBARROLA, Antonio, de.

Derecho de Familia.

Edic. 2a. Ed. Porrúa.

México, 1978.

LEHMANN, Heinrich.

Derecho de Familia.

Vol. IV. Edic. 2a.

Ed. Revista de Derecho Privado.

Madrid, 1953. Trad. por José María Navas.

MAGALLON IBARRA, José Mario.

Instituciones de Derecho Civil.

T. III. Derecho de Familia.

Edic. 1a. Ed. Porrúa. México, 1988.

MATEOS ALARCON, Manuel.

Código Civil del Distrito Federal Concordado y anotado.

Tip. de la Vda. de Ch. Bouret.

México, 1983.

MONTERO DUHALT, Sara.

Derecho de Familia.

Edic. 2a.

Ed. Porrúa. México, 1984.

MUNOZ, Luis.

Comentarios al Código Civil para el

Distrito Federal y Territorios Federales.

Edic. 1a. Ed. Lex.

México, 1946.

OBREGON HERDIA, Jorge.

Código Civil Comparado.

Edic. 1a. Ed. Porrúa.

México, 1988.

PEUU, Eugene.

Tratado Elemental de Derecho Romano.

Trad. de la 9a. edic. por José Fernández G.

Ed. Saturnino Calleja.

Madrid, 1924.

PONA, Rafael, de.

Elementos de Derecho Civil Mexicano.

Vol. I.

Edic. 12a.

Ed. Porrúa. México, 1977.

PLANCHOL, Marcel.

Tratado Elemental de Derecho Civil.

T. II. Vol. IV.

Edic. 12a.

Ed. José M. Cajica.

Puebla, 1967.

PLANCHOL, Marcel y ROBERT, George.

Tratado de Derecho Civil Francés.

T. II. La Familia, el matrimonio,  
divorcio y filiación.

Edic. 1a. Ed. Cultural S.A.

La Habana Cuba, 1946.

ROJINA VILLEGAS, Rafael.

Derecho Civil Mexicano.

T. II. Derecho de Familia.

Edic. 3a. Ed. Porrúa.

México, 1980.

ONAMUNO, Miguel, de.

Dos Madres. Tres Novelas Ejemplares y  
un Prólogo.

Edic. 12a. Ed. Espasa-Calpe Mexicana.

Colección Austral. México, 1989.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto.

Tratado de Derecho Civil Español.

Edic. 2a. Ed. Talleres Tipográficos Cuesta.

Valladolid, 1921.

## REVISTAS

BATLLE, Manuel.

Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

La Eutelegenesia y el derecho.

No. 6. Junio 1944, Madrid.

CUELLO CALÓN, Eugenio.

Revista Jurídica Veracruzana.

T. XII. No. 3.

Mayo - Junio de 1961

Xalapa Veracruz, México.

DIÁZ DE GUJARRO, Enrique.

Jurisprudencia Argentina.

Las modificaciones del derecho de Familia  
ante la Realidad Social y la Técnica Moderna.

AÑO XXVIII. No. 2392.

16 NOV 65.

DIÁZ DE GUJARRO, Enrique.

Revista de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales.

Las modernas técnicas biológicas y los principios clásicos  
sobre la Determinación de la Filiación.

AÑO XII. No. 2. ABR - JUN 1961, Uruguay.

D. KRAUSE, Harry.

Artificial Conception Legislative Approaches.

Family Law Quartely.

Vol. XIX. Number 3. Fall, 1965.

DIÁZ LYNCH, Felix C. y GANBA, María E.

Ciencias Penales

Ed. Hammurabi.

No. 8. Buenos Aires, Argentina 1942.

FLORES GARCIA, Fernando.

Criminalía.

La inseminación Artificial en la Especie Humana.

No. 6. Año XXI.

México, D.F. Junio de 1955.

GARCIA MENDOZA, Carmen.

Revista del Supremo tribunal de Justicia del Estado de Durango.

Fertilización Extracorporea. Aspectos Legales.

Nos. 20 - 21 OCT. 1985, MAR.1986.

GATTO, Hugo E.

Los Conflictos de Filiación.

Revista de Derecho Español y Americano.

Año. VIII. No. 34. ABR - JUN.

España, 1963.

LAZCANO, Carlos Alberto.

La Fecundación artificial.

Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Universidad Nacional de Córdoba.

Año XIV. No. 3. Julio - Septiembre 1950.

LEONFIED, Pedro.

Cuadernos de los Institutos.

Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación

Artificial en seres humanos, su interés jurídico,

especialmente en cuanto a la filiación.

No. 87. Córdoba Argentina, 1966.

REVISTA ESPECIALIZADA JUICIO.

No sólo los hijos, también embriones congelados  
pueden ser víctimas de los divorcios.

No. 1. Julio 1989.

REVISTA ESPECIALIZADA JUICIO.

Los embriones congelados son personas?

Epoca 1.

No. 9. Marzo 1990.

SOTO REYNA, René.

Revista del Supremo Tribunal de Justicia del  
Estado de Durango.

Aspectos Médico - Legales de la Inseminación Artificial  
en Seres Humanos.

Nos. 20 - 21 OCT. 1985 - MAR. 1986.

STRATTA, Osvaldo J.

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Los Grupos Sanguíneos y el Problema Médico Legal  
de la paternidad y la Filiación.

Año IX. 3a. Epoca. No. 41

Argentina, 1944.

## LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO CIVIL COMENTADO.

T. I. Edic. 1a.

Ed. Miguel Angel Porrúa.

México, 1987.

LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

de 9 de abril de 1917. Edic. 3a.

Ed. Andrade.

LEY GENERAL DE SALUD.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE  
INVESTIGACION PARA LA SALUD.