

301809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

181
205

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

PROBLEMATICA JURIDICA DE LA FILIACION DERIVADA DE LA
FECUNDACION ARTIFICIAL Y SU AUSENCIA DE LEGISLACION EN
MEXICO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

PATRICIA LAURA VEGA GIL CHAVEZ

PRIMERA REVISION

SEGUNDA REVISION

LIC. ABELARDO ARGÜELLO ORTEGA.

LIC. JESUS MORA LARDIZABAL.

MEXICO, D.F.

1993

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

I

I ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FILIACION.

<i>I.1 Derecho Romano.</i>	3
<i>I.2 Derecho Griego.</i>	10
<i>I.3 Derecho Francés.</i>	16
<i>I.4 Derecho Español.</i>	21
<i>I.5 Derecho Mexicano.</i>	30

II DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADOS DE LA FILIACION.

<i>II.1 Concepto.</i>	51
<i>II.2 Clases de filiación.</i>	55
<i>II.3 Efectos de la filiación</i>	56
<i>II.3.A Apellido.</i>	57
<i>II.3.B Alimentos.</i>	58
<i>II.3.C Patria Potestad</i>	59
<i>II.3.D Educación en familia.</i>	59
<i>II.3.E Derecho sucesorio.</i>	60

III	METODOS DE FECUNDACION ARTIFICIAL.	
III.1	<i>Antecedentes.</i>	62
III.2	<i>Técnicas de fecundación.</i>	66
III.2.A	<i>Inseminación artificial.</i>	71
III.2.B	<i>Fecundación In vitro.</i>	75
III.2.C	<i>Transferencia de embriones.</i>	80
III.2.D	<i>Transferencia Intrauterina de gametos.</i>	81
III.2.E	<i>Maternidad subrogada.</i>	85
IV	LA FILIACION DEL CONCEBIDO POR MEDIOS DE FECUNDACION ARTIFICIAL.	
IV.1	<i>Determinación de la maternidad.</i>	89
IV.2	<i>Determinación de la paternidad.</i>	93
IV.3	<i>La presunción de paternidad matrimonial en los casos de fecundación artificial entre cónyuges.</i>	123
IV.4	<i>El conflicto de la presunción de la paternidad en casos de fecundación artificial entre sujetos distintos al matrimonio.</i>	126
V	CONSIDERACIONES JURIDICAS EN TORNO A LOS MEDIOS DE FECUNDACION ARTIFICIAL.	
V.1	<i>La experimentación y tráfico de embriones.</i>	145
V.2	<i>El racismo.</i>	146
V.3	<i>La clonación.</i>	147
	CONCLUSIONES.	149
	BIBLIOGRAFIA.	i

INTRODUCCION

Los avances de las ciencias biológicas en los últimos años han tenido una gran evolución, los que a su vez han propiciado cambios importantes en la vida de los seres humanos, uno de ellos son los medios de fecundación artificial, que han constituido una verdadera revolución, ya que actualmente es posible lograr la concepción de un ser humano con la asistencia de un tercero sin que medie acceso carnal.

Con la utilización de estas técnicas gran número de parejas con problemas de esterilidad ven una gran posibilidad de lograr ser padres, sin embargo, también llevan consigo una nueva posibilidad de manipulación de gametos, embriones y fetos, sin control alguno.

El impulso actual de las técnicas de reproducción asistida en el mundo es sorprendente. Su problema son las consecuencias que acarrearán.

Es de advertirse que los óvulos son fecundados con espermatozoides fuera del útero de la mujer, y mantenidos con vida alrededor de 14 días. Que dichos óvulos fecundados pueden ser insertados dentro de la mujer que los aportó, o bien, dentro de otra. Que es posible la donación de óvulos y espermatozoides. Que actualmente en muchos países se permite la congelación -en bancos- de semen y embriones. Que es posible transferir un óvulo fecundado de las trompas de falopio de una mujer a las de otra. Que el semen al mezclarse con ciertas sustancias puede ser mejorado, es decir, se le convierte en un semen con mayor grado de fecundidad, o bien, la

mezcla de semen de distintos sujetos para inseminar a una mujer. Que es posible inseminar a una mujer con semen de su esposo, después del fallecimiento de éste.

El problema que plantean estas técnicas en cuanto a la filiación de los hijos concebidos a través del empleo de la reproducción asistida; el problema de determinar la paternidad y maternidad cuando se han utilizado óvulos o semen, o ambos, de donantes, son unas de las preocupaciones que me motivaron al estudio e investigación de la realidad jurídica en este campo.

Lo que pretendo con este trabajo es hacer notar los abusos que actualmente se cometen al realizar las técnicas de fecundación artificial. Buscar la protección legal del concebido, cuando la fecundación del óvulo y del espermatozoide se realice de manera artificial, fuera de la madre. En México, el problema es la ausencia de normas aplicables a estas técnicas. Este vacío jurídico no puede ser infinito y es por ello, que es necesario legislar al respecto.

CAPITULO I

I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FILIACION.

Al principio de la humanidad, las relaciones sociales, independientemente de carecer de un carácter jurídico, propiamente dicho, se efectuaban por medio de formas sociales incipientes y carentes de organización política, basadas solamente en el instinto de conservación y en las cuales, en virtud de hacer vida nómada sus componentes, el ayuntamiento entre hombres y mujeres era informal y pasajero, es decir que carecía de estabilidad la relación entre ambos; y por lo tanto sus frutos no reconocían, ni tenían por qué reconocer, nexo alguno que los ligara con quienes los habían traído al mundo; lo que originaba que ni siquiera hubiera limitaciones normativas para las relaciones sexuales, las cuales se verificaban indistintamente entre todos los hombres con todas las mujeres y sin que hubiera parentesco de ninguna clase, conociéndose esta situación con el nombre de promiscuidad, agregándose que más tarde al hacerse sedentaria la vida de esas incipientes formas sociales, se fue dando margen al establecimiento de grupos con características más definidas, tales como los clanes, las tribus y las gens, apareciendo entonces también la forma social de la familia, primeramente organizada bajo un régimen matriarcal, la relación de filiación, desde el punto de vista jurídico, se establecía entre la madre y sus hijos, así como con los hermanos de aquélla, quienes tenían la hegemonía sobre esos hijos y sin que se estableciera vínculo alguno con el padre, ya que generalmente ni siquiera se le podía identificar; después por diferentes razones, evolucionó el sistema jurídico-social de la familia, pasando del régimen de matriarcado al Derecho de Familia de tipo patriarcal y así lo

encontramos ya en los principales pueblos de la antigüedad clásica, tales como los hebreos, los fenicios y los griegos, es decir, que la relación de filiación y el parentesco mismo se establecen en torno de una cabeza de familia del sexo masculino y que las relaciones familiares de parentesco, tienen como grado, el mayor o menor aproximamiento en orden ascendente, descendente y colateral con el patriarca.

Sin embargo, podemos afirmar que el Derecho de Familia como tal, al igual que la mayor parte de las demás manifestaciones jurídicas, tiene su mayor esplendor y su afirmación rotunda, en el rigorismo y exclusividad del imponente Derecho Romano y en la familia jurídica que él mismo organiza, ya que al ser escrito y formal sus normas no se perdieron como las de los anteriores a él, y es hasta nuestros días que se conservan documentos que son verdaderos monumentos vivientes de lo que fuera el grado máximo que el ingenio humano desde el punto de vista jurídico ha llegado a alcanzar.

1.1 Derecho Romano.

En razón de la influencia románica que han recibido las distintas legislaciones de los pueblos de occidente en materia de filiación, es menester referirse en el presente trabajo, aun cuando sea a grandes rasgos, a las fuentes históricas de dichas legislaciones.

En Roma la familia estaba organizada bajo el régimen patriarcal, alrededor de la institución conocida como patria potestad, que consistía en la suma de derechos que tenía el padre de familia o *paterfamilias* sobre aquellos que estaban sujetos a su autoridad, podían ser sus hijos, nietos y otros descendientes, así como aquellos que pasaban a su potestad por medio de actos jurídicos de la adopción y de la adrogación, también la esposa que contraía matrimonio *in manu* pasaba a formar parte de la patria potestad del marido o de quien sobre él la ejerciera.

En los primeros tiempos del Derecho romano, el *paterfamilias* tenía derechos de vida y muerte *just vitae ac naclis* y a darlos como esclavos a los sujetos a dicha potestad, desde el punto de vista patrimonial, todo lo que adquiría la persona sujeta a patria potestad no era para sí, sino para el *paterfamilias*, si bien esos derechos fueron evolucionando, volviéndose más relativos aún en las postrimerías del Imperio Romano, con la mayoría de edad no se terminaba esta dependencia, como sucede en nuestros tiempos, se prolongaba hasta la muerte del *paterfamilias*.

En relación con la patria potestad se distinguían dos clases de personas en el Derecho civil romano ⁽¹⁾, los *sui juris* los que eran *paterfamilias* o que estaban en posibilidad jurídica de serlo, pues aunque no tuvieran a nadie sujeto a potestad, tampoco lo estaban ellos y podían adquirir entonces esa potestad y los *alieni juris*, eran quienes estaban sujetos a patria potestad ya fuese en calidad de descendientes del *paterfamilias* o de *uxores in manu*, constituyendo entre sí un parentesco de hermanos, es decir que la *uxor* era hermana civil, en segundo grado, *loco sororis* de sus hijos y respecto de su esposo era una hija más *loco filiae*.

La patria potestad de los hijos y de la esposa se adquiría por matrimonio *justae nuptiae*, pudiendo éste tener las formas de: *coemptio*, que era una especie de compra de la mujer, también de *confarreatio*, que era más bien una ceremonia de tipo religioso; y el de *usus*, o sea por una especie de prescripción, el matrimonio celebrado en cualquiera de estas formas, producía para los hijos engendrados de él, el efecto de ser considerados como hijos legítimos *liberi justis*, sujetos a la *patria potestas* del *paterfamilias*, siendo también los romanos los creadores de la presunción "*pater vero is est quem nuptiae demonstrat*",⁽²⁾ significaba la atribución presuntiva al marido de ser el padre del hijo, siempre que el mismo naciera después de 182 días de que se contrajo el matrimonio *septimo mense* y antes de los 300 a partir de la disolución del vínculo matrimonial, sin embargo, esta presunción *presuntio juris* admitía prueba en contrario.

⁽¹⁾ SOHM, Rodolfo: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. por Wenceslao Roces, 1ª ed., Gráfica Panamericana, p. 100.

⁽²⁾ PETIT, Eugène: *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9ª ed., Buenos Aires, ed. Araujo, 1940, p. 108.

Los hijos que no nacían por *justae nuptiae* no estaban sujetos a la patria potestad de su padre o de quien ejerciese sobre él dicho poder, solamente se unían en parentesco a su madre, lo que daba como resultado la *cognatio* en esta familia el vínculo se configura por el hecho de la procedencia real y verdadera, la *cognatio* se funda en un vínculo natural que no puede crearse ni extinguirse artificialmente, como acontece en la *agnatio*, que es el parentesco que surge de la línea paterna.

La legitimación aparece hasta la última época del Imperio, como consecuencia de la idea de que las *justae nuptiae* sólo eran honrosas para los padres y los hijos. Los emperadores cristianos permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales. Se estableció que los hijos no podían ser legitimados sin su voluntad, dada su condición de *sui juris*, el patrimonio del hijo era incorporado al del padre; se permitía como excepción cuando el hijo era demasiado joven, pues en este caso bastaba con que no hubiera contradicción y se constituía la dote para efectos de la legitimación.

De la legitimación existían tres formas:

- I. Por subsiguiente matrimonio de los padres del hijo. Se requería que fuese posible el matrimonio de los padres como consecuencia de la concepción. Quedaban excluidos los hijos adúlteros, incestuosos y aquellos cuyos padres no podían contraer matrimonio por alguna causa legal. Los efectos de la legitimación eran completos, el hijo entraba como agnado en la familia del padre.

- II. Por oblación de la curia. Consistía en el ofrecimiento del hijo natural por el padre a la curia de la villa natal; en caso de que se tratara de una hija, la legitimación se surgía al casarse con un *decurión*, miembro de la curia y especie de noble romano. Los efectos de esta legitimación eran restringidos, porque el hijo al caer en la patria potestad se hacía agnado de su padre, sin entrar en la familia civil, es decir, sin ser agnado de los agnados del padre.
- III. La legitimación por *rescripto* del príncipe. El padre podía solicitar al emperador la legitimación de sus hijos naturales, debiendo satisfacer los siguientes requisitos: que no tuviera hijos legítimos, y que la madre del hijo hubiera muerto o estuviera ausente; o hubiera contraído nupcias con otro. Los efectos que producía esta clase de legitimación eran completos.

El matrimonio en Roma requería para su validez determinados requisitos: a) Pubertad de los contrayentes; b) Que poseyeran ambos aptitud legal para casarse *jus connubium*, misma que principiaba con la posesión de la ciudadanía romana y c) El consentimiento de las partes y del *paterfamilias*, si eran *alieni juris* debían contar con el consentimiento de quien ejerciese sobre ellos la *patria potestas*, Modestino definía al matrimonio como "la unión del hombre y de la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos",¹⁾ aunque al caer en desuso la *manus* se deja de hacer alusión a la *comunidad de derechos divinos y humanos*, de ahí la definición de Justiniano, "las nupcias o matrimonio consisten en la unión

¹⁾ *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.* PETIT, Eugène: *Op. cit.* p. 104.

del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible".¹⁴

Había también otro tipo de uniones, pero que por no ser perfectas, producían efectos jurídicos diferentes a los del matrimonio, tanto para los que por ellas se unieran como para los hijos que se procrearan, dichas uniones eran las siguientes:

1. Concubinato, tenía su origen en la desigualdad de linaje social de los contrayentes se denominaba también *Inaequale conjugium*, generalmente era unión de un hombre púber un ciudadano, que tomaba como concubina, es decir para hacer vida marital, a una mujer de condición social inferior, siempre que no fuera su pariente en grado vedado para el matrimonio, por ejemplo a una que había sido esclava o que siendo ingenua era de baja estirpe, esta unión debía ser de carácter permanente y el hombre no podía tener otra concubina ni menos aún una mujer legítima y por otra parte la concubina jamás era tratada como *uxor*, ni en el caso de que la concubina fuere de igual abolengo social al hombre, lo que no era frecuente.

Los hijos de esta unión eran parientes de la madre y de los parientes maternos, es decir, tenían un parentesco de cognación, no estaban sometidos a la *patris potestas*, o sea que eran *sui juris*, durante el Bajo Imperio y a partir de Constantino se les reconoce una liga natural con su padre a los hijos de esta unión, dándoles el nombre de *liberi naturalis* y distinguiéndolos en esta forma de los que denominaban *vulgo concepti* o *spurii*, o sea los nacidos de uniones pasajeras

¹⁴ *Ibidem*, p. 110-112.

o prohibidas por el Derecho, pudiendo ser legitimados por su padre, la legislación de Justiniano otorgó a estos hijos el derecho a recibir alimentos y derechos sucesorios aunque restringidos.

Subsistió esta unión en Roma no obstante que los emperadores cristianos, por la influencia del Derecho Canónico que empezaba a surgir, la combatieron, pero solamente se prohibió en el Imperio Romano de Oriente durante León el Filósofo, por primera vez.

2. Matrimonio *sine connubio*, era la unión conyugal de dos personas de las cuales por lo menos una de ellas carecía del *jus connubium* por lo que producía efectos inferiores a los de las *justas nuptias*, pues los frutos de esta unión eran generalmente peregrinos y nacían *sul Juris*, siendo cognados de su madre y de sus parientes maternos, por otra parte podía convertirse en *justae nuptiae* a través de la *causae probatio*, consistía en que el padre siendo manumitido, es decir en condición de *latnus libertus*, para lograr la ciudadanía se unía a una latina o a una romana y de esta unión procreaban un hijo, cuando este último tuviese la edad de un año, se debería probar ante el magistrado y el *erroris causae probatio* tenía lugar cuando un romano o romana, por error disculpable, se casaba con quien no tuviera la ciudadanía romana y engendraran un hijo, debía probarse el error ante el magistrado.

Esta unión y los diferentes aspectos jurídicos que presentaba se fueron haciendo menos frecuentes a medida que fue evolucionando el Derecho Romano, ya que se fue extendiendo el derecho de ciudadanía a casi todos los miembros de los Imperios romanos, por otra parte las

manumisiones fueron más fáciles y frecuentes, en la época de Justiniano sólo se aplicaba a los condenados a sufrir la pérdida de los derechos de ciudadanía.

3. Contubernio, era la unión marital de hecho, sin efectos civiles, efectuada entre una persona y un esclavo, o entre esclavos. Los hijos que se procreaban tenían la condición social y jurídica de la madre y aunque por mucho tiempo no se reconoció jurídicamente parentesco, ni natural, entre esclavos, al principio del Imperio fue admitido un lazo de parentesco de *cognatio servilis* entre el padre, la madre y los hijos, así como entre hermanos y hermanas con la finalidad de impedir que cuando los esclavos fueran manumitidos contrajesen matrimonio, lo que sería inmoral y antijurídico.

1.2 *Derecho Griego.*

Grecia es el único pueblo de aquella época que a través de sus ideas diseminadas en la península Itálica, ejerció influencia en el Derecho romano y por tanto en todas las legislaciones que, como la nuestra, reconocen su remoto origen en el Derecho de Roma. Como lo sostienen la mayoría de los historiadores, si bien es cierto que el pueblo de juristas y soldados conquistó militarmente a Grecia, ésta fue indiscutiblemente la conquistadora de aquella en el mundo de las ideas.

Los cánones de la pequeña iglesia doméstica griega establecieron la base teológica en las primeras reglas concernientes a la filiación, las que desde inmemoriales tiempos estaban perpetuadas por antiguas creencias referentes a los muertos, cuyo culto convirtió al difunto en dios protector de la familia.

En Grecia los ritos místicos se heredaban por descendencia de varón, de manera que el padre transmitía al hijo el culto religioso por generación, estableciéndose un vínculo cuasijurídico entre el ascendiente y el descendiente.

Los hijos emancipados se excluían del culto paterno; el acto de la adopción obligaba a participar del culto religioso de la familia en la que se incorporaba el adoptado, de manera que la filiación o derecho de parentesco, no se regulaba por costumbres generadas espontáneamente,

sino por el lazo que establecía la religión doméstica, puesto que el hecho del nacimiento no vinculaba familiarmente.

La familia griega se constituía por un grupo de personas a las que la religión doméstica permitía invocar en el hogar a sus antepasados comunes; la familia se fundaba en normas religiosas que obligaban al jefe de la familia a declarar al recién nacido como hijo suyo, en caso de no tener motivos suficientes para repudiarlo como miembro de su familia, ya que el hecho material del nacimiento constituía un vínculo meramente físico en relación con la progenitora.

La confesión voluntaria de la paternidad confería al hijo el derecho al culto doméstico; ella constituía la única prueba de la filiación paterna. La filiación materna no se establecía aún en el sistema griego.

En la antigüedad griega el padre era sacerdote de la pequeña iglesia doméstica, depositario de los ritos místicos del culto familiar, su autoridad paterna se identificaba con la potestad marital, cuyos supuestos condicionantes los fundamentaba el culto doméstico.

El hijo nacido del concubinato no se colocaba bajo la autoridad paterna; entre el padre y el hijo no existían obligaciones paterno-filiales recíprocas, pues como se ha dicho, el hecho real de la procedencia no confería por sí solo algún derecho familiar, sino merced a las primitivas normas de la religión doméstica se establecía la filiación en la familia griega.

Fustel de Coulanges,¹⁵ que hizo un estudio de las instituciones de Grecia, comenta el aspecto etimológico del vocablo *pater* y sostiene que tenía idéntico significado en las lenguas sánscrita, griega y latina, de donde infiere que los antepasados de los indostánicos, helenos y romanos vivieron en el Asia Central y que el significado de esa palabra en la técnica jurídica o guisa religiosa no era afín al vocablo paternidad, pues ésta se expresaba con la palabra *gentor*.¹⁶

La voz *pater* era usada en el lenguaje religioso para referirse a los dioses, en la literatura griega el término se aplico a cuantos se quisiera honrar; en el léxico jurídico se daba la designación de *pater* al hombre que no dependía de otro y que ejercía autoridad sobre una familia. Así el esclavo lo usaba para referirse a su amo, significando además del poder de autoridad que se ejercía sobre él, la dignidad majestuosa, hasta que posteriormete se aplicó al padre de familia, tomando paulatinamente su acepción corriente. Esta breve referencia es suficiente para darnos una idea del poder que el padre ha ejercido durante mucho tiempo en la familia, así como el origen del sentimiento de veneración que se asoció como pontífice y soberano en la pequeña iglesia doméstica.

El deber del padre era perpetuar la familia y en torno de este deber surgían una serie de derechos, por ejemplo, el de a su arbitrio reconocer o rechazar al hijo cuando naciera; pero

¹⁵ COULANGES, Fustel de: *La Ciudad Antigua*, trad. por M. Ciges Aparicio, 2ª ed., Madrid, edit. Madrid, 1931, t. II, p. 47-100.

¹⁶ *Ibidem*, p. 47-100.

por inicua o bárbara que nos parezca esta facultad primitiva consignada en las instituciones de la familia helénica, no está en contradicción con los principios en que se funda la familia.

Para establecer la filiación paterna, las normas religiosas prevenían como elemento esencial, la solemnidad del acto en el que el jefe de familia manifiesta su voluntad de transmitir el culto doméstico al que nacía en su hogar, producía efectos de reconocimiento del hijo; de otra manera el descendiente no era pariente de su progenitor, ni existía medio suficiente para acreditar el vínculo paterno-filial.

En el estado de naturaleza se supone al hombre libre e inconstante, por lo que no fue fácil establecer normas eficaces de solidaridad en que el núcleo comunitario aceptase la obediencia para instituir la autoridad. Con tal propósito surge entonces la fe como algo más potente que la fuerza física, incapaz de subordinar los instintos del hombre primitivo a la razón; "así una antigua creencia religiosa impuso la obligación de cumplir con el deber de honrar a los padres".⁶⁷

De manera que el culto del antepasado organizó a la familia desde la primera tribu, hasta la polis griega; el patriotismo del griego sobreviene del sentimiento religioso primitivo, en que se amaba a la patria porque en ella se amaba a los dioses protectores erigidos en lo remoto de los antepasados; después no se amó a la patria por su religión ni por sus dioses, sino por sus instituciones.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 47-100.

El Estado no tenía límites en su actividad, solamente a través de él podría cumplir sus fines el individuo. Todo cuanto contribuyera al fomento de los intereses humanos constituía una función política. En tal virtud el ente público podía regular hasta los actos más mínimos de la vida humana en cualquiera de sus aspectos, por cuanto que la existencia del Estado solamente se justificó por el fin que garantizaba, sin que se delimitara el ámbito del Derecho privado, que el Estado estaba obligado a respetar.

El Estado y el individuo integraban una sola personalidad sin límites en los asuntos públicos y privados; la diferencia de las relaciones públicas y privadas no tuvo desarrollo en Grecia; la democracia ateniense solamente contribuyó a la formación de los derechos públicos, más no a la teoría de los derechos civiles.

El hecho de que el gobierno del pueblo griego pasó a manos de una metrópoli extranjera, con ello se marcó el principio de la decadencia del publicismo, el debilitamiento del patriotismo y, como lógica consecuencia, la separación de individuo y Estado, siendo así como el individuo se vio forzado a desplegar sus actividades en materias indiferentes a la sociedad política.

Finalmente, con el desarrollo del cristianismo se enciende el culto doméstico del orden jurídico normativo; la familia se organiza eliminando las formalidades de la religión antigua; los códigos admiten nuevas reglas que aniquilan la autoridad absoluta que la religión doméstica había concebido al padre de antaño, conservando solamente para éste las obligaciones y derechos

que derivan de la potestad paterna, y que el mero Derecho otorgó para atender las necesidades del hijo dentro del régimen civil.

Desde la última etapa de la antigüedad, la institución del matrimonio culminó en la forma consensual, ya que se ha presentado desde entonces hasta nuestros días como una libre manifestación de la voluntad del hombre y de la mujer, que se unen para constituir un estado permanente de vida con el fin de ayudarse a soportar el peso de ésta y perpetuar la especie, y que es justamente el concepto del matrimonio moderno.⁶⁹

⁶⁹ ORTIZ URQUIDI, Raúl: Matrimonio por comportamiento, 1ª ed., México, edit. Stylo, 1955, p. 96.

1.3 Derecho Francés.

Una de las características del Derecho francés, estriba en la clasificación cerrada de la filiación, es decir, la relación jurídica directa de parentesco entre el hijo y su padre o su madre, se ha dividido en Francia en legítima, natural simple, natural adulterina, natural incestuosa y adoptiva.

La filiación legítima se da cuando los padres del hijo están unidos por el matrimonio y en principio deben ser concebidos durante éste, sin embargo, también son legítimos los concebidos antes del matrimonio que hayan sido reconocidos, mediante legitimación, se les equipara jurídicamente a los hijos legítimos.

Al hijo de padres no casados pero que podían casarse válidamente entre ellos en la época de la concepción, se le considera como filiación simple. La adulterina proviene del hecho de que uno o ambos padres sean casados al tiempo de la concepción con otra persona. La incestuosa se establece en el caso de que los padres tengan entre sí parentesco o afinidad en grado de impedimento para el matrimonio.

La ley establece la filiación entre personas que no están ligadas por lazos de sangre, por medio de la Institución jurídica de la adopción, en ese caso, se considera al adoptado como hijo legítimo del adoptante.

"En Francia el hijo ilegítimo, ha tenido, tradicionalmente, una consideración de inferioridad frente a los hijos legítimos",⁹⁹ por influencia de la Iglesia, que consideraba se atentaba contra el matrimonio al equiparar al hijo legítimo con el hijo natural simple, o peor aún, el incestuoso o el adulterino, por otra parte debía defenderse a la familia legítima de la intromisión de bastardos que la pusieran en peligro, de ahí que se prohibiera la investigación de la paternidad, no se permitía que durante el matrimonio se reconociera al hijo natural, para evitar molestar a la familia legítima, pero todavía era peor la condición de los hijos adulterinos e incestuosos, a quienes aduciendo razones legales, morales y fisiológicas se les trataba con extremo rigor, negándoles todo derecho hereditario, concediéndoles solamente derecho a exigir alimentos de sus padres, sin embargo, en los últimos tiempos se ha intentado suavizar la situación de los hijos adulterinos al permitirse la legitimación por subsecuente matrimonio de los padres, aun cuando Planiol y Ripert señalan que con esta situación "el esposo casi resulta invitado a la infidelidad puesto que tiene la perspectiva de engendrar hijos que se convertirán en legítimos"¹⁰⁰ pronunciándose en contra.

La filiación legítima se prueba con el acta de nacimiento de los hijos y la de matrimonio de los padres, es decir, el hijo solamente tiene que probar quien es su madre, pues su padre, por efectos de la ley, artículo 312 del Código Napoleónico, es el marido de su madre; y esto hace surgir la vieja presunción romana de paternidad legítima.

⁹⁹ PLANIOL, M. y RIPERT, J.: Tratado Práctico de Derecho Civil, México, edit. Cajica, 1980, p. 563-571.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 571.

No sucede lo mismo en el caso de la filiación natural, pues para que ésta se establezca, el hijo debe probarla tanto respecto de su padre como de su madre; el acta de su nacimiento es prueba de su filiación materna, siempre que no sea impugnada. Pues sólo hace prueba plena del parto, por lo cual es necesario establecer la identidad del hijo que pretende hacer valer esa acta, lo cual puede realizar a través de la prueba de su posesión de estado de hijo y además recurrir a la prueba testimonial, admitida aún en el caso de que no hubiera un principio de prueba por escrito.⁽¹¹⁾

Otro de los aspectos más interesantes de la evolución del Derecho francés es el relativo a la investigación de la paternidad natural, es decir, de la acción del reconocimiento forzoso.

Este derecho hasta la Revolución francesa, solamente tenía por objeto la obtención de los alimentos aunque revestía dos aspectos: el primero considerado como acción para asegurar los gastos del parto a la madre y el otro como acción encaminada a establecer la prueba definitiva de la filiación.

Durante el siglo XVIII se relajaron a tal grado las costumbres que se suscitaron numerosos escándalos derivados de la libre investigación de la paternidad, de ahí que el Código Civil del Gran Corso, en su artículo 340 prohibiese, casi de manera absoluta, la acción y solamente la permitiera en caso de rapto, siempre y cuando el tiempo de la concepción coincidiera con la fecha en que el rapto había tenido lugar, esta prohibición fue muy criticada,

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 559.

pues si bien la prueba de la paternidad es materialmente imposible, existen casos en los cuales por la acumulación de presunciones, sea factible considerar su prueba, lo que originó multitud de abortos y hasta de infanticidios cometidos por madres solteras, que no tenían recursos al quedar abandonadas por la irresponsabilidad absoluta del padre natural. Esas razones hicieron que primero jurisprudencialmente y más tarde legislativamente se restaurase la investigación de la paternidad, aunque siempre con la tendencia a limitarla, tanto su concesión como los medios de prueba, permitiéndose "en los casos de rapto o violación, coincidentes con la época de la concepción y aun en el caso de seducción, por maniobras dolosas de dos clases: por abuso de autoridad o bien por la promesa de matrimonio o esponsales siempre que fuere anterior a la época de la concepción",⁽¹²⁾ necesitándose para el ejercicio de la acción en este último caso, además de prueba testimonial, un principio de prueba por escrito; también se concedía la investigación de la paternidad si había una confesión escrita que proviniera del presunto padre, aunque no la hubiere firmado, siempre que se hiciera de su puño y letra o por orden suya, confesión que además debía ser sin contradicciones no hecha con ligereza o con reticencia. Igualmente se concedía en el caso de concubinato notorio, en este caso se dejó, por primera vez, de ignorar por el legislador francés el hecho social del concubinato, considerándose que éste existe siempre que hubiera continuidad en las relaciones y que fuera probable o al menos creíble la fidelidad de la concubina, pues en caso de duda la presunción era demasiado frágil, exigiéndose además que las relaciones entre los concubinos no fueran secretas, debiendo por otra parte coincidir el lapso de la concepción con el del concubinato; también se concedió en el caso de que el hijo hubiese recibido manutención y educación del presunto padre, en calidad de tal,

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 704-711.

es decir que no fuera por caridad o por cualquiera otra razón que no fuera la de considerarse como hijo.

La filiación legítima establecida por la adopción presenta aspectos interesantes en la evolución del Derecho civil francés; la adopción en el Derecho antiguo era poco conocida, porque no representaba como en Roma la transmisión de honores y aun del Imperio; sin embargo, el Derecho revolucionario la reestableció, apareciendo la adopción pública o sea la que efectuaba el propio Estado como adoptante.

Al prepararse el Código Civil, la comisión redactora no incluyó la adopción en su proyecto, sin embargo Napoleón se interesó en que se estableciera, no obstante la cual se comprendió en forma restringida, por lo que fue pocas veces utilizada durante el siglo XIX.

En 1923 después de la guerra mundial se establecieron legislativamente amplias bases para la adopción de hijos huérfanos de padres muertos durante la guerra, la adopción fue considerada como un contrato en el Código Civil, aún cuando la Corte de Casación intervino declarando que no era contrato, la consideraba como un acto jurídico y no como simple contrato, que establece una situación jurídica estable y una filiación que se equipara a la legítima para el adoptado respecto de su adoptante.

1.4 Derecho Español.

Respecto de la organización primitiva española, lo único que se afirma es que entre los Cántabros el que aportaba la dote era el marido y que los herederos de los padres o sea los hijos, tenían la obligación de casar a sus hermanos.

En el Derecho español antiguo es conocida la catalogación que hizo la Ley de Partidas de Alfonso X El Sabio, a mediados del siglo XIII, de las filiaciones; "los hijos llamados ilegítimos (por haber nacido fuera de matrimonio) se clasificaban en *naturales y espurios*";¹¹⁹⁾ siendo los primeros los nacidos de padres solteros, sin impedimento no dispensable para casarse, con tal que vivieran juntos a *título de concubinato*. Los *espurios* podían ser adúlteros o notos, incestuosos (llamados nefarios, si la procreación tuvo lugar entre ascendientes y descendientes), sacrílegos y manceres, siendo éstos últimos los que concebían las prostitutas o mujeres de mancebía y burdel. Esta clasificación tenía un gran interés práctico, pues los hijos gozaban de mayores o menores derechos, según los casos.

La Ley de Partidas no obligaban al padre de hijos incestuosos, adúlteros o sacrílegos, ni a los parientes del mismo, a darles alimentos, pero tampoco se los prohibía, por consideraciones de piedad. En cambio, obliga a la madre adúlterina o incestuosa, y a los parientes de ésta, a dicha prestación de acuerdo con el principio *mater semper certa est*. Estos hijos no podían ser instituidos herederos por testamento, si los padres, en contravención, les

¹¹⁹⁾ PINA VARA, Rafael de: Elementos de Derecho Civil, 7ª ed., México, edit. Porrúa, S.A., 1975, t.i, p. 350.

hiciesen legados o donaciones, podían ser invalidadas por los hijos legítimos, o por un representante de la Corona. Pero podían heredar en los bienes de la madre.

Las Leyes de Toro hicieron una nueva clasificación sobre todo, cambiaron el concepto de hijo natural, entendiéndolo por tal "cuando al tiempo que naciere o fuere concebido, podía casarse su padre con su madre justamente sin dispensa, con tal de que el padre lo reconozca por su hijo".⁽¹⁴⁾

El matrimonio estaba regulado exclusivamente por leyes seculares, desde el siglo XVI con la reforma protestante se dejó de considerar al matrimonio como sacramento teniéndolo por un acto mundano; idea difundida en varios países europeos por la tendencia de la Revolución Francesa.

En España desde la ley de 18 de junio de 1870, se estableció el matrimonio como acto civil siendo obligatorio, junto al matrimonio de derecho, la legislación española reconoce la existencia del matrimonio de hecho o concubinato,

En el antiguo Derecho Español, la barraganía o concubinato tuvo una regulación encaminada principalmente a la tutela de los hijos; de manera que para la tradición jurídica española concubina es la compañera fiel y honesta en el hogar del hombre, con posibilidad legal

⁽¹⁴⁾ ESCRICHE, Joaquín: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Librería Garnier Hermanos, 1876, p. 793.

de ser madre de los hijos de él, son los considerados hijos naturales; nacidos de padres que al tiempo de la concepción podrían contraer matrimonio. El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre.

La última forma de constituir la familia es la adopción, en virtud de la cual se crea entre el adoptante y el adoptado un vínculo de parentesco civil del que derivan relaciones análogas, aunque no idénticas, a las que resultan de la paternidad y la filiación legítima.

En los pueblos antiguos, la adopción constituía un recurso ofrecido por la religión a aquellas personas que no tenían heredero natural, que pudiera perpetuar su descendencia y asegurar la continuidad del culto doméstico.

En el antiguo Derecho romano, donde la adopción cumplió una función trascendental, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista político-social, casi desapareció durante trece siglos, para hacer su débil aparición hasta 1804 en el Código de Napoleón, con un carácter fundamentalmente sucesorio. En la actualidad, los fines que cumple esta institución son muy diferentes, y en España se acepta como la forma de solución al grave problema de la infancia abandonada, por las circunstancias que atravesó dicho país en 1935. El Código Civil Español, sin perjuicio de la adopción clásica, estableció desde 1937, el llamado "acogimiento o colocación familiar para los menores, que puede tener carácter permanente o temporal".⁽¹⁹⁾

⁽¹⁹⁾ BUEN, Demófilo de: Derecho Civil Común Español, 1ª ed., Madrid, edit. Reus, 1922. p. 718.

Tanto la paternidad como la filiación devienen por generación de hechos de la naturaleza, o de la ficción de la ley, siendo posible que como hecho jurídico suceda dentro de matrimonio o fuera de éste, además de que el Derecho autoriza que se otorgue la condición de legitimidad a los nacidos fuera de matrimonio.

De donde resulta la siguiente clasificación: Son hijos legítimos, los procreados por los cónyuges durante su matrimonio, pero también en ciertos casos los concebidos antes del matrimonio y nacidos después de la celebración de éste.

Son ilegítimos, los engendrados por personas no ligadas por vínculo matrimonial, o sea de uniones sexuales que tienen lugar por el vicio, la debilidad o el delito; llamándoseles naturales si los padres en la época de la concepción tuvieron capacidad legal para contraer matrimonio entre sí.

Son ilegítimos no naturales, los hijos de padres con impedimento legal para contraer matrimonio, ya fuese por parentesco no dispensable o por matrimonio anterior con otra persona. En el primero de estos dos casos, se denomina "*incestuoso*" al hijo, y en el segundo "*adulterinos*".

Ambos se diferencian del hijo ilegítimo natural en que para éste sí existe autorización legal para ser reconocido por voluntad de los padres, o para ser declarado judicialmente hijo de persona determinada; en tanto que para los hijos ilegítimos no naturales, que corresponden a los

incestuosos y adulterinos, está prohibido el reconocimiento y en términos generales el ejercicio de la acción judicial de investigación de la paternidad.

La legislación romana en materia de legitimación influyó poderosamente en el Derecho Canónico, y éste a la legislación española, a través de las Partidas de Alfonso X El Sabio, a mediados del siglo XIII; pero de sus tres formas históricas reconocidas, solamente subsisten en España dos, por subsiguiente matrimonio y por la concesión por parte del jefe del Estado; de manera que son legitimados, "los hijos que originariamente fueron naturales y pasan a ser considerados como legítimos por el subsiguiente matrimonio de los padres, o por concesión del jefe del Estado".¹¹⁶

La filiación se acredita de manera inequívoca con el acta de matrimonio de los padres, la concepción durante el matrimonio y el acta de nacimiento.

A tal efecto el Código Civil Español admite los siguientes medios: acta de nacimiento extendida por el oficial del Registro Civil, el documento auténtico en los casos de reconocimiento voluntario del hijo nacido fuera del plazo legal, o la sentencia firme para los casos de decisión de contiendas surgidas acerca de la legitimidad; a falta de los títulos anteriores, con la posesión constante de estado de hijo legítimo; en defecto del acta de nacimiento, de documento auténtico, de sentencia firme o de posesión de estado, puede probarse la filiación por

¹¹⁶ VALVERDE, Calisto: Tratado de Derecho Civil Español, 3ª ed., Valladolid, Talleres Tipográficos Cueta, 1926, t. IV, p. 460.

cualquier medio de prueba que la ley autorice, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente.

El Código Civil Español se funda en el viejo aforismo que presume que los hijos son del marido y de la madre que hayan concebido durante el matrimonio; aunque es verdad que de modo excepcional puede tenerse por legítimos a hijos no concebidos durante el matrimonio, situación última que da lugar a tres hipótesis:

- I. Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días de la celebración del matrimonio, y antes de los 300 días siguientes a su disolución, o a la separación de los cónyuges. Contra tal presunción, sólo admite la prueba de la imposibilidad física del marido, para tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo; en virtud de que descontando 120 días de los 300, quedan sólo 180 días para el nacimiento, el que ya caería fuera de la presunción de legitimidad.

"La ausencia también se considera como causa de imposibilidad física del marido, en los mismos términos en que lo es la impotencia, correspondiendo en ese caso la carga de la prueba al marido o a sus herederos".⁽¹⁷⁾

⁽¹⁷⁾ CASTAN TOBEÑAS, José: Derecho Civil Español Común y Foral, 6ª ed., Madrid, Reus, 1936, t. I, p. 240.

II. El artículo 110 del Código Civil Español dice que se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias;

- a) Haber sabido el marido antes de casarse, el embarazo de la mujer;
- b) Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz, y
- c) Haberlo reconocido como suyo, expresa o tácitamente.

III. El artículo 111 del Código Civil Español, establece que el marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo, nacido dentro de los 300 días, a partir de la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre tendrán el derecho de probar en este caso la paternidad del marido.

El artículo 143 del Código Civil Español otorga al hijo legítimo el derecho de llevar el apellido del padre y de la madre; a recibir alimento de los mismos, de sus ascendientes y en su caso de sus hermanos; a la sucesión legítima y demás derechos sucesorios, así como a los que derivan de la patria potestad y de la tutela. A los hijos legitimados se les confiere los mismos derechos que a los hijos legítimos.

Los hijos naturales reconocidos tienen derecho a llevar el apellido de quien les reconoce; recibir alimentos del mismo y percibir en su caso la porción hereditaria.

Los hijos naturales no reconocidos sólo tienen derecho de reclamar el reconocimiento forzoso, en los casos y tiempos permitidos por la ley. Así vemos que el Código Civil Español en sus artículos del 139 al 141, determina que los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos, y que este derecho sólo podrá ejercitarse:

- I.- Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, en proceso civil o penal.
- II.- Si resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en el que expresamente reconozca la filiación.
- III.- Respecto a la madre, si se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Fuera de los dos primeros casos, no se admitirá en juicio demanda alguna que directa o indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos, que no tengan la condición de naturales; de manera que los hijos ilegítimos no naturales sólo tienen derecho a reclamar alimentos en sentido restringido de auxilios necesarios para la subsistencia.

En el Código Civil Español la indagación judicial de la maternidad y paternidad era libre, hasta que la ley de 11 de mayo de 1888 estableció un sistema restrictivo que sólo admite la investigación judicial de la paternidad en tres casos a saber: Primero.- Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad; Segundo.- Cuando el hijo se halle en la presunción continua de estado de hijo natural, justificada por actos directos del padre o de su familia y Tercero.- En los casos de delito de violación, estupro o rapto, en los que

se estará a lo dispuesto en el Código Penal, en cuanto al reconocimiento de la prole, (artículo 135 del Código Civil Español).

Respecto a la declaración judicial de maternidad el artículo 136 del Código Civil Español permite la investigación de la maternidad, cuando concurra en relación con la madre cualquiera de las circunstancias que permiten la investigación en lo tocante al padre; además cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del pretendido hijo. No se limitan ni condicionan las pruebas, pues incluso la testimonial puede ser admitida sin restricción de ninguna especie, y de donde resulta que el citado Código no limita la libre investigación de la maternidad natural.

1.5 *Derecho Mexicano.*

1.5.A *Epoca Prehispánica.*

Los aztecas constituyen el pueblo que por sus conquistas guerreras y por su adelanto intelectual sobresalen de los demás grupos étnicos que poblaban nuestro actual país antes de la llegada de los españoles. La base de la familia era el matrimonio, el padre ejercía la máxima autoridad, prevalecía el régimen patriarcal, la forma más común era la monogámica. Sin embargo, se podía ejercitar la poligamia. "Entre los mexicanos era lícita y muy frecuente la poligamia; principalmente entre los reyes y señores; pero entre las esposas había diferentes rangos, la primera se llamaba *cihuatlantl*, las otras *cihuapilli* o damas distinguidas; de éstas la había que eran dadas por sus padres, *cihuanemaxtli*, y otras que habían sido robadas, las *tlacihuasantín* que eran las más".⁽¹⁹⁾

No existía, como entre los romanos, el derecho absoluto de vida y de muerte de los padres con respecto de sus hijos, si bien podían aplicar castigos para corregirlos, siendo la educación familiar severa.

"Los padres estaban facultados para vender a sus hijos, pero su venta era en razón de la escasa importancia que tenía entre ellos la libertad, de ninguna manera implicaba un acto de

⁽¹⁹⁾ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio: Apuntes para la Historia del Derecho en México, *Los orígenes*, México, edit. Polia, 1937, t. I, p. 363.

soberanía como en Roma",⁽¹⁹⁾ este derecho aparecía en épocas de pauperidad en que los padres no sólo podían vender a uno de sus hijos en el caso de que tuvieran más de cuatro, sino que los propios cónyuges se vendían ellos mismos, también el padre podía vender a su hijo incorregible y en este caso debería el padre de dar un banquete a sus familiares más próximos. El derecho de dar muerte a uno de sus hijos era raro, presentándose en el supuesto de que la mujer procrease gemelos *cocua*, que también significa serpientes, ya que tenían la superstición de que ese hecho ocasionaría la desaparición de uno de los padres, por otra parte, como es sabido practicaban los sacrificios humanos, pudiendo sacrificar a los hijos contrahechos en tiempo de malas cosechas o de hambre, o bien en el caso de que muriera un personaje o el monarca y por último también podían matar a los niños nacidos durante los meses denominados *nemontemi*, o sea los cinco que completaban al año.

La patria potestad correspondía siempre al padre, terminando con su muerte, aunque durante su vida podía terminar como única excepción por matrimonio del hijo.

Si bien, como hemos anotado, la poligamia estaba permitida, todos los hijos eran considerados legítimos, aunque sólo los hijos de la esposa principal podían heredar los cargos y bienes de sus padres en caso de sucesión legítima.

"También tenían matrimonios de prueba, en los cuales tanto el hombre como la mujer podían contraer matrimonio temporal que no era definitivo sino hasta que se celebrara conforme

¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 360.

a los ritos establecidos, pero si durante este matrimonio de prueba nacía un hijo, la mujer podía requerir al esposo para que contrajese matrimonio definitivo con ella o para que terminaran sus relaciones entregándola a su familia".⁽²⁰⁾ Los hijos nacidos de estos matrimonios de prueba también eran considerados como legítimos.

Sin embargo don Toribio Esquivel Obregón opina que entre los antiguos pobladores de lo que hoy es nuestro país "*la familia no era unidad social*", en consecuencia, ni siquiera tuvieron nombre de familia, "no existía la familia de los Moctezuma, ni de los Cuitláhuac, ni de los Cuauhtémoc"⁽²¹⁾ y fueron los españoles quienes dieron acepción familiar a nombres individuales, convirtiéndolos en apellidos para hacer posible la identificación en las generaciones posteriores.

1.5.B Epoca Colonial.

Una vez que los españoles conquistaron lo que hoy es nuestro país, así como otras regiones que ya no forman parte del mismo, procedieron a colonizar todo el vasto territorio conquistado dándole unidad política colonial.

A esta enorme colonia, que comprendía gran parte del territorio actual de los Estados Unidos y la mayor parte del que hoy ocupan los países centro americanos, le denominaron la

⁽²⁰⁾ ALBA, Carlos H.: Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano, p. 38.

⁽²¹⁾ ESQUIVEL OBREGON, Toribio: *Op. cit.*, p. 310-311.

Nueva España, transplantando a ella, por así decirlo sus instituciones jurídicas, sin embargo, España también produjo algunas leyes directamente para las colonias y algunas otras dictadas expresamente para la Nueva España. De cualquier manera, en orden al Derecho de familia, las leyes de mayor interés fueron las que estaban en vigor en la metrópoli y cuya vigencia se amplió a la colonia; entre ellas encontramos normas de singular importancia, en primer lugar en la antigua legislación: tanto en el Fuero Real dictado en 1254, por Alfonso IX, como en las Siete Partidas que el sabio monarca Alfonso X emitió en 1263; así como en las Leyes de Toro, cuya redacción fue ordenada por los Reyes Católicos Fernando e Isabel en 1505, antes de la toma de Tenochtitlán por las huestes de Hernán Cortés y en esta forma se inicia propiamente el período colonial y con él la vigencia de las leyes hispanas en la colonia; por último en la Novísima Recopilación de 1805, que puede decirse cierra dicho período, pues aparece cinco años antes de la iniciación del movimiento de Independencia.

Las Siete Partidas, fueron la codificación española de mayor importancia en la Nueva España, se da importancia capital al matrimonio legítimo, la descendencia legítima era considerada en un rango superior que a la descendencia no procedente de matrimonio, conocida como ilegítima, dando diferencia de trato a los hijos que según la condición de sus padres, designándolos y explicando su nombre a través de su origen. También se hacía referencia a los padres entre quienes existe algún impedimento para el matrimonio.

Contenían la presunción de paternidad legítima atribuida al marido, estableciendo como prueba en contrario de la presunción de paternidad la impotencia natural o eventual, tanto

anterior como posterior al casamiento e igualmente se establecía la ausencia del marido con el mismo carácter probatorio.

Se señalaba como prueba de la filiación legítima la fama o voz pública, también señalaba con el mismo objeto probatorio pero subsidiariamente esa facilidad para la prueba era remarcada a continuación, pues mandaba que el "Juez del logar" debería proceder a averiguar la verdad.

En relación con la legitimación nos encontramos que parece ser admitida la de todos los hijos no nacidos de matrimonio a través de la concesión que el Rey en uso de sus atribuciones quisiera hacer al hijo ilegítimo para que heredase. Se establecía la legitimación por subsecuente matrimonio.

Se establecían además otros medios de legitimación, tales como el de dar al hijo ilegítimo, previo su reconocimiento público, a servicio del Rey.

Se consignaba el reconocimiento hecho mediante testamento declarando el padre su voluntad de que se le considere como hijo legítimo, aún cuando este medio exigía de cualquier manera la confirmación del testamento por el Rey y que el testador no tuviera hijos legítimos, señalaban además como medio de legitimación semejante al antes citado, el de hacer igual declaración por carta, hecha por su propia mano o por escribano público ratificada por tres hombres de buena fama, procedimiento por el cual se legitimaba no sólo al hijo que se designara

individualmente sino a todos los hermanos que tuviere. Y por último también era medio de legitimación de las hijas naturales, su casamiento con un oficial de alguna "Ciudad o Villa".

El concepto de filiación natural lo variaron la Ley 11 de Toro al decir que "porque no se pueda dudar cuáles son hijos naturales: ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nascerian o fueran concebidos, sus padres podfan casar con sus madres justamente sin dispensación: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger de quien lo uvo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el hijo las cualiades susodichas, mandamos que sea hijo natural"²²⁹, esta disposición vino a ser después la Ley I del Título V del Libro X de la Novísima Recopilación.

La madre era siempre presuncionalmente conocida, de ahí que en todos los casos de reconocimiento sólo se hiciera alusión al padre, no se hablaba de solemnidad alguna, si se requería que fuese expreso, sino que se admitió en el régimen jurídico de las Leyes de Toro, el reconocimiento tácito y no solemne.

La Ley XII de Toro²³⁰ hacía referencia a la legitimación de nietos. Se concedía a los hijos legitimados por rescripto del Príncipe iguales derechos que los de los hijos legítimos y los legítimos por subsecuente matrimonio, como aparece en la Ley XVII el Título VI del Libro

²²⁹ Códigos Españoles Concordados y Anotados, t. VI, p. 559.

²³⁰ *Ibidem*, t. VI, p. 559.

III⁽²⁴⁾ y en la Ley VII del Título XXII del Libro IV,⁽²⁵⁾ ambas del Fuero Real de España, en tanto que en la Ley IV del Título XV de la IV Partida y en la Ley XII de Toro, ya mencionadas, se les declaraba sin derechos hereditarios en caso de haber hijos legítimos o legitimados por subsecuente matrimonio, sin embargo se les otorgaban los demás "hombres y preeminencias".

1.5.C México Independiente hasta 1870.

Nuestro país se independiza políticamente de España desde 1821, sin embargo el Derecho hispano de familia no es derogado y en general las normas civiles y penales, continúan en vigor, esta etapa se caracteriza por ser un período convulsivo en el que la organización política y jurídica variaba frecuentemente, pasando de un sistema republicano federalista a otro centralista, generalmente de manera violenta, llegando inclusive a tener una forma monárquica durante el efímero Imperio de Iturbide, en síntesis, el Estado mexicano no encontraba su acomodo y estabilidad definitivos en esta fase de su evolución histórica.

Si en el campo político era tal situación, en el terreno ideológico privaba un ambiente de lucha no menos fragorosa, primero durante la iniciación del masonismo en México, la pugna era entre yorkinos y escoceses y más tarde liberales, tanto puros como moderados, contra conservadores, quienes combaten ardientemente por sus respectivas ideologías con triunfos y

²⁴⁾ *Ibidem*, t. I, p. 385.

²⁵⁾ *Ibidem*, t. I, p. 422.

derrotas alternativos; la lucha también se presenta entre la Iglesia y el Estado y se prolonga durante toda esta etapa, culminando con las Leyes de Reforma que el grupo liberal había principiado a gestar desde la época de Gómez Farfás, aunque iniciando en forma su desarrollo durante el gobierno de Don Juan Alvarez y llegando a su expedición durante el gobierno de Juárez en 1859 en Veracruz.

"Esas "Leyes de Reforma" son de naturaleza variada, pero tienen singular importancia en relación con el Derecho de Familia, pues buscando siempre la separación definitiva de la Iglesia y el Estado, a través de ellas se consideró por primera vez al matrimonio como mero contrato,⁶⁹ siguiendo el legislador francés de 1806 y por otra parte establecieron el Registro Civil como un servicio público a cargo del Estado y quedando por lo tanto los principales actos del estado civil de las personas bajo el control y vigilancia del propio Estado y privando en consecuencia a la Iglesia del dominio que ese campo de atribuciones públicas había tenido hasta entonces.

Sin embargo, las luchas siguieron llegándose inclusive a la intervención extranjera en México y al establecimiento de otro Imperio que, en cierto modo, coexistió políticamente, con la República Federal defendida por los liberales, figurando como es sabido, al frente de aquel Maximiliano y al frente de ésta Don Benito Juárez, de ahí que por mucho tiempo las señaladas "Leyes de Reforma", aparecían en los textos legales, pero en la vida real solamente fueron

⁶⁹ GARCIA, Trinidad: *Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho*, México, ed. Porrúa, S.A., 1941, p. 69.

obedecidas por los partidarios del liberalismo mexicano que eran quienes las habían plasmado, como hemos dicho, en esos textos, por lo que a la caída del segundo Imperio y reestablecida la paz, hubo necesidad en 1873 de que esas leyes reformistas fueran insertadas en el texto de la Constitución de 1857, con el propósito de darles mayor fuerza obligatoria.

De cualquier manera la situación que **privaba** en nuestro país no permitía la expedición de un Código Civil, que era realmente a donde dichas reformas correspondían, pero la legislación de ese Código Civil no era posible en este período, precisamente por la falta de paz y tranquilidad necesarias para legislarlo convenientemente, pues un Código Civil indudablemente requiere para su formulación por las pretensiones de estabilidad que tradicionalmente deben caracterizarlo, estudio y cuidado en su elaboración, que no era posible se tuvieran en tiempos tan agitados y de transición por estas razones fue que las normas españolas vigentes durante la etapa colonial en materia civil, a que antes hemos hecho referencia, se siguieron aplicando durante este período.

1.5.D Código Civil de 1870

Durante el régimen del C. Benito Juárez como Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, se inicia la vigencia de este Código, destinado a regir en el Distrito Federal y Territorio de Baja California a partir del 1o. de marzo de 1871, derogando toda la legislación antigua, consistía en cuatro libros; en su Libro Primero, que se refería a las "personas", el Título IV que regulaba las actas del Registro Civil, normando así el medio de publicidad de los

hechos y actos jurídicos de mayor trascendencia en relación con el estado civil de las personas, cuyo control se encomendó a funcionarios del Estado.

Se ordenó a dichos funcionarios públicos que el propio Código denominó "Jueces del registro civil", artículo 49, que llevasen "por duplicado cuatro libros", que se denominaban "Registro civil" y los cuales contendrían: el primero: "actas de nacimiento y reconocimiento de hijos"; el segundo: "Actas de tutela y emancipación"; el tercero: "Actas de matrimonio"; y el cuarto: "Actas de fallecimiento", siendo para nuestro objeto de principal importancia los libros primero, tercero y cuarto, donde se anotaban hechos y actos jurídicos íntimamente relacionados con la filiación. Dándose por ende mayores facilidades para la prueba de las circunstancias que con motivo de esa relación familiar fueran necesarias.

Contiene también esta codificación en su ya indicado Libro Primero, el Título Sexto que denominó: "De la paternidad y filiación", artículos 314 a 387, en donde consignó las normas de mayor relevancia en relación con nuestro estudio.

Conserva la clasificación tradicional de los hijos a que hemos hecho referencia al hablar de las normas extranjeras que han inspirado a nuestra legislación, así como de las que con anterioridad estuvieron en vigor en nuestra patria, en el sentido de dividir a los hijos legítimos e ilegítimos y a estos de subclasificarlos en naturales y espurios, aunque comprendiendo esta última subclasificación solamente a los incestuosos y a los adúlteros, por las razones de separación de la Iglesia y del Estado, así como de considerar al matrimonio como un mero

contrato, es decir, como señala Mateos "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida",²⁷⁾ el orden sacerdotal y el voto de castidad no eran ya impedimento de matrimonio, así como tampoco lo es la prostitución de la mujer, y por tanto ya no habría más las clases de hijos denominados "sacrilegos" ni "mánceres", o sean los "nacidos de clérigos de orden sagrado, frailes, o monjas profesos" y los "hijos de prostitutas", respectivamente, pues todos éstos podrían ser legítimos si sus padres eran casados o ilegítimos según la subdivisión de esta clase a que hemos aludido.

Sin embargo, consignaba todavía la nefasta discriminación tradicional en cuanto al trato que se otorgaba legalmente a los hijos ilegítimos, sobre todo a los espurios, de quienes prohibía terminantemente su legitimación, por lo cual jamás podrían ser considerados como hijos legítimos.

En relación con los hijos legítimos, este Código, estableció la presunción de filiación legítima, respecto de los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio o dentro de los 300 días que siguieran a la disolución del matrimonio por nulidad o por muerte del marido, no admitiendo contra esta presunción otra prueba, sino la de la imposibilidad física del marido de tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al matrimonio.

²⁷⁾ MATEOS ALARCON, M.: Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código de 1884, México, t. I, p. 160.

Se señalaba un orden sucesivo para pruebas de la "filiación de los hijos legítimos", es decir que preferentemente se probaría "por la partida de nacimiento"; y en su defecto "por la posesión constante del estado de hijo legítimo", aunque si se controvertía la validez del matrimonio de los padres "debería presentarse el acta de matrimonio", estableciéndose igualmente que la posesión de estado de hijo legítimo tenía 3 elementos, es decir, los llamados: "nomen, tractus y fama",⁽²⁸⁾ el primero, que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende ser su padre, con anuencia de éste; el segundo, que el padre lo haya tratado como a su hijo legítimo proveyendo a su subsistencia; educación y establecimiento; y el tercero haber sido reconocido constantemente como hijo legítimo de otro por la fama de éste y en la sociedad, de los cuales debería existir siempre "la fama" en concurrencia con cualquiera de los otros dos.

Regulaba también otros aspectos en relación con la prueba de la filiación legítima, tales como el caso del hijo que no estuviera en posesión de la filiación legítima y la pretendiera, debiendo acreditar entonces; el matrimonio de su madre con la persona de quien pretendiera ser hijo legítimo, así como su nacimiento durante la época del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la disolución y por último su identidad personal.

Regulándose de manera amplia la llamada "acción de reclamación de estado", que según señala Mateos, es "la que se ejerce por el hijo y sus herederos, pretendiendo pertenecer a determinada familia por razones de su filiación",⁽²⁹⁾ así como la de "contradicción de estado",

²⁸⁾ *Ibidem*, p. 265.

²⁹⁾ *Ibidem*, p. 209.

que como indica el mismo autor es "la acción que tiene por objeto repeler al hijo de la familia a la cual pretende pertenecer, sea que se encuentre o no en posesión del estado que se le dispute".¹⁹⁰

Establecía el reconocimiento de los hijos naturales, el cual podía ser voluntario o forzoso, según que procediera de un acto espontáneo o como resultado de una sentencia definitiva y ejecutoriada que declarase la filiación de un hijo legítimo. En tales condiciones se requerían la voluntad del padre o de la madre que reconocían al hijo ilegítimo, pudiendo reconocerlo uno de ellos o ambos de común acuerdo, prohibiendo cuando hubiere reconocimiento separado al padre o madre que lo hicieran la declaración en el acto del reconocimiento del nombre del otro padre, así como de exponer circunstancia alguna por la cual pudiera conocerse y ordenando que se testaran de oficio las palabras que contuviera tal revelación, prohibiendo al funcionario o notario, que al efecto interviniera, que consintiera la violación de esa prohibición, bajo la amenaza de destitución de su empleo, sin perjuicio de que se le impusieran las penas que la ley penal señalaba para el delito de falsedad y la indemnización de daños y perjuicios. El reconocimiento sólo surtía efectos respecto de quien lo hiciera.

También se requería el consentimiento de la persona que iba a ser reconocida como hijo si se trataba de un mayor de edad, o del tutor que tuviere o del que para este caso se le designare especialmente por el juez, si se trataba de un menor de edad, teniendo el derecho el menor así reconocido de reclamar contra su reconocimiento al llegar a su mayoría de edad,

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 214.

siempre que lo hiciese antes de 4 años si antes de su mayoría de edad supo el reconocimiento, y si no lo supo desde la fecha en que tuvo noticia de él, artículo 380.

Estaba prohibida absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, permitiéndose sin embargo la acción cuando el hijo estuviera en posesión de su estado de hijo legítimo. Y estableciéndose como excepciones para la concesión de la acción de investigación de la paternidad legítima, a parte interesada, en los casos de rapto o violación, siempre que la época del delito coincidiera con la de la concepción.

Consignaba el derecho a la investigación de la maternidad o sea la acción para obtener el reconocimiento forzoso por parte de la madre, aunque debían concurrir dos circunstancias: la posesión de estado de hijo natural de la madre y que la persona a quien el hijo reclamare el reconocimiento, pues sólo él podía hacerlo, no estuviera ligada por vínculo conyugal en el tiempo en que se pidiera el reconocimiento. Estableciéndose que la posesión de estado podría justificarse con respecto de la madre natural, probándose por el hijo por los medios ordinarios de prueba, que la pretendida madre había cuidado de su lactancia y educación, así como que le reconoció y trató como a hijo, aún cuando se señalaba que la obligación contraída de dar alimentos no era por sí sola prueba ni aún presunción de paternidad ni de maternidad, ni podía alegarse como razón para que se concediese la acción de investigación de éstas.

La forma del reconocimiento, era un acto solemne, requería ciertas formalidades rígidas, es decir que solamente podía hacerse: en la partida del nacimiento ante el juez del Registro

Civil, o por medio de acta especial ante el mismo funcionario, o por escritura pública, o en testamento, o por confesión judicial directa y expresa, señalábase también el carácter irrevocable del reconocimiento, disponiéndose que si era hecho en testamento, aún cuando se revocara el testamento, no se revocarfa el reconocimiento.

No se permitía que se intentaran las acciones de investigación de la paternidad o de investigación de la maternidad, en los casos en que eran concedidas, sino en vida de los padres, aunque si estos habfan fallecido durante la minoridad de los presuntos hijos, estos podfan intentar la acción antes de que cumplieran 4 años de su emancipación o de su adquisición de la mayoría de edad.

Los derechos otorgados a los hijos reconocidos por el padre, por la madre, o por ambos eran a llevar el apellido del que los reconocía, a recibir alimentos del mismo y a percibir su porción hereditaria legal.

1.5.E Código Civil de 1884.

Más que un nuevo Código, el expedido en 1884 durante el régimen del general Manuel González, ya en plena paz nuestro país, es el mismo Código Civil de 1870, reformado y depurado, introduciendo como cambio realmente fundamental el sistema de la libre testamentificación, a diferencia del anterior que señalaba que el testador sólo podía disponer de manera libre de parte de la totalidad de sus bienes y que la otra parte regulada

proporcionalmente era de sucesión legítima para los familiares del de cujus, llamándole "la legítima", misma que ocasionaba multitud de problemas en la práctica en cuanto a su cuantificación, de ahí que en este nuevo cuerpo legal se le sustituyera, en cierto modo, por la obligación de dejar alimentos, o bien por la facultad de los acreedores alimenticios de exigirlos recibéndolos de la masa hereditaria cuando el testador hubiere omitido dejarlos.

En materia de filiación las diferencias más notables fueron las siguientes: tratándose de hijos nacidos de la viuda que contrajera segundas nupcias dentro de los 300 días siguientes a la muerte del marido, el Código de 1870 decía que la filiación del hijo que naciere celebrado el segundo matrimonio, sería conforme a las siguientes reglas: se presumía hijo del primer marido al nacido dentro de los 180 días inmediatos a la muerte de dicho esposo, debiendo el que negare la legitimidad en este caso, probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo fuera del primer marido; se presumía hijo del segundo marido cuando nacía después de 210 días contados desde la celebración del segundo casamiento. El Código de 1884 estableció una tercera regla, corrigiendo la omisión en que incurrió su antecedente, esto es, en el caso de que el hijo naciera después de los 210 días siguientes a la muerte del primer marido y antes de 210 días siguientes contados desde la celebración del segundo matrimonio, diciendo que en este caso el hijo era natural.

También difieren los preceptos 327 del Código de 1870 y su correlativo el 303 del Código de 1884, pues mientras que el primero establecía que para los efectos legales se reputaba nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno nacía con figura humana y vivía

24 horas naturales. Si dentro de este periodo de tiempo es presentado vivo al registro civil, en tanto que el segundo precepto solamente requería que el feto desprendido enteramente del seno materno y con figura humana, o bien viviera 24 horas naturales, o bien fuera presentado vivo al registro civil.

El Código de 1870 al hablar de los hijos nacidos de personas que hubieran vivido públicamente como marido y mujer y que ambos hubieran fallecido o por ausencia o enfermedad no pudieran manifestar el lugar en que se casaron, en ese caso, no se les podría disputar su legitimidad por la falta de presentación del acta de matrimonio, si se probaba esa legitimidad por la posesión de estado de hijos legítimos y ésta no fuera contradicha por el acta de matrimonio, en tanto que el Código de 1884, nos dice que esa posesión de estado de hijo legítimo no debía ser contradicha por el acta de nacimiento.

Señaló entre los derechos de los hijos ilegítimos reconocidos, el derecho a percibir una pensión alimenticia por causa de muerte del padre, de la madre, o de ambos que lo habían reconocido, siendo menores de 25 años a los varones o siendo mujeres sí no contraían matrimonio y vivían honestamente, debiendo deducirse dicha pensión de la masa hereditaria, excepto cuando el testador gravase con ella a algunos de los partícipes en la sucesión, declarando inoficioso el testamento en que no se dejara la pensión alimenticia indicada, sustituyendo este derecho, en cierto modo, más racionalmente, a la "legítima" que a los hijos naturales correspondía conforme al Código de 1870.

Ni el Código de 1884, ni su antecesor, consignan en sus respectivos articulados, disposiciones que se refieran a la adopción, por lo que Mateos, comentando ambos ordenamientos al referirse a la filiación adoptiva o "solamente civil" y a propósito del parentesco civil que genera, expresaba que "no existe entre nosotros, por no haber ley que lo reconozca y autorice".¹⁰¹

1.5.F Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Nuestro país vive la etapa más larga de paz que hasta ese momento registra nuestra historia, durante ella, las normas del Código Civil de 1884 van haciéndose poco a poco de una vigencia general en nuestro territorio, pero también como en otras ocasiones, va gestándose el germen de destrucción de las ideas que lo inspiran, el fracaso del liberalismo e individualismo se va sintiendo cada vez con más fuerza, políticamente el régimen dictatorial que presionaba nuestra patria se hacía cada día más oprobioso y por fin en 1910 estalla la Revolución, primeramente con miras de carácter exclusivamente político y más tarde ya con ideales de transformación del sistema económico y jurídico que prevalecía, tratando de humanizar y socializar la situación general del país, apareciendo como culminación de estos anhelos, es decir, como la obra fundamental de la Revolución Mexicana, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, que consigna en su articulado, por primera vez en la historia del Derecho Constitucional, preceptos de una gran trascendencia y contenido sociales, tales como los artículos 27 y 123.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 156.

Esta evolución trasciende al Derecho de Familia y así en 9 de abril del mismo año, se expide por el C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista la Ley Sobre Relaciones Familiares, que modifica de manera fundamental las normas de familia de los Códigos de 1870 y 1884, pues entre las reformas fundamentales que introduce encontramos en primer término que organiza la institución de la patria potestad, también la institución del matrimonio presenta cambios trascendentes respecto de la reglamentación de los derechos familiares y patrimoniales que constituyen su régimen, reglamentando por primera vez al divorcio como disolvente del vínculo conyugal y orientándose hacia la equiparación jurídica y social del hombre y de la mujer.

En materia de filiación las transformaciones más importantes son las siguientes: suprime la clase tradicional de los hijos espurios que tan ignominiosamente habfan venido siendo tratados por el Derecho antecedente sin que ninguna culpa tuviesen de su origen. De ahí que clasifique a los hijos solamente en legítimos y naturales, perteneciendo a esta última clase todo hijo nacido fuera de matrimonio, ampliando en consecuencia el derecho de legitimación a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio. Se reglamenta la filiación en relación con los problemas que el divorcio origina.

Define el reconocimiento como el medio que la ley otorga para comprobar las relaciones de parentesco entre los padres y los hijos habidos fuera de matrimonio. Se introducen diferentes modalidades en relación con el reconocimiento, tanto voluntario como forzoso, buscando desde luego la estabilidad y seguridad del matrimonio, es decir, que no se ocasionarán, con motivo del reconocimiento, molestias a los padres que estuvieren casados a fin de evitar posibles

desavenencias conyugales; y tratando por otra parte de darle la firmeza necesaria al acto del reconocimiento con objeto de que siendo este acto esencialmente irrevocable, no se hiciera a la ligera o por inexperiencia. Reglamentándose el ejercicio de la patria potestad de los hijos naturales reconocido.

Prohíbe las acciones de investigación de la maternidad y de la paternidad, señalando como excepciones para concederlas: en primer lugar cuando se tenga la posesión de estado de hijo natural de un hombre o de una mujer, siempre que la persona cuya maternidad o paternidad se reclama no esté ligada por vínculo conyugal al tiempo de que se pida el reconocimiento, salvo cuando el padre y la madre se hayan casado y el hijo pretende el reconocimiento para quedar legitimado, indicando que la posesión de estado de hijo natural en este caso se justificará probando todos los hechos constitutivos de la posesión de estado por los medios ordinarios de prueba y siempre que hubiere un principio de prueba por escrito; también son excepciones para otorgar la concesión de la investigación de la paternidad, los casos de rapto o violación, al igual que en los Códigos antecedentes.

Otro avance notorio rumbo a la humanización del Derecho de Familia indica que la mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, al que le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, y al que públicamente ha presentado y reconocido como hijo suyo, cuidando de su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de dicho hijo, a cuyo efecto no se le podrá separar de su lado, en

caso de que viva con ella o esté a su disposición, a menos que consintiere en entregarlo o que fuere obligada a hacer esa entrega por sentencia ejecutoriada.

Sin embargo, una de las aportaciones más novedosas que esta Ley hace al Derecho mexicano de familia es sin duda alguna el establecimiento en nuestro medio jurídico de la institución de la adopción.

CAPITULO II

II. CONCEPTO DE FILIACION, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA FILIACION.

Para este estudio debemos dejar establecido de una manera clara lo que es la filiación y los principios en los cuales se funda, en este capítulo me limitaré a la filiación en su sentido más estricto, ya que como veremos más adelante debido a los avances científicos nuestra actual legislación requiere de una reestructuración.

II.1 Concepto.

La Real Academia de la Lengua Española la define como: "(Del lat. *fillato*, -onis, de *fillus*, hijo) Acción y efecto de filiar. Procedencia de los hijos respecto a los padres".⁽¹⁾

En sentido gramatical podemos decir que la filiación es la relación o la unión de una persona determinada, con tal o cual antepasado, por alejado que éste se encuentre, en el ámbito del derecho, la filiación no se extiende a los ascendientes o descendientes, sino solamente a los hijos.

⁽¹⁾ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 20ª ed., Madrid, España, Espasa-Calpe, 1984, t. I, p. 642.

La relación entre padres e hijo puede verse desde un punto de vista natural como desde un punto de vista jurídico.

Desde el punto de vista natural y biológico todos los individuos son hijos de una madre y de un padre. La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que nadie podrá desconocer, de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones recíprocas, es decir, entre progenitores e hijo, los padres tienen el deber de proporcionar lo necesario al hijo para su desenvolvimiento dentro de la sociedad en la que viven; al hijo corresponden determinadas obligaciones para con sus padres cuando éstos no tengan los medios suficientes para su propia manutención, se afirma que la filiación en este sentido existe en todos los casos, en todos los individuos, estableciéndose la filiación natural o consanguínea.

Desde el punto de vista del Derecho, el término de filiación tiene dos acepciones, "Una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, los bisabuelos y tataranietos, etc. Además de ese sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y

obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural un estado jurídico".⁽²⁾

En la legislación actual se ha terminado con las absurdas discriminaciones de que eran objeto los hijos, como pudimos ver en el capítulo anterior de este estudio, todos los hijos tienen los mismos derechos y obligaciones, lo que encontramos plasmado en la exposición de motivos del Código Civil de 1928: "por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron del matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen...".⁽³⁾ La igualdad es un principio intrínseco del Derecho, en nuestro país es una garantía individual, así vemos que en el artículo 1º de nuestra Carta Magna otorga a "Todo individuo el goce de todos los derechos que en ella se establecen".⁽⁴⁾

Sin perjuicio de la igualdad jurídica mencionada, se distingue la filiación por naturaleza; dentro de ésta se encuentran los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales, la filiación adoptiva, considerada filiación *por ley*, de la que se deriva un vínculo paterno-filial creado por

⁽²⁾ ROJINA VILLEGAS, Rafael: Compendio de Derecho Civil Mexicano, México, edit. Porrúa, S. A., 1977, t.I, p. 429.

⁽³⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Nuevo Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal*, Exposición de motivos, México, edit. Andadre, S. A., 1986, p. 9.

⁽⁴⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Constitución Política Mexicana*, 2ª ed., México, edit. Trillas, 1983, p. 9.

el Derecho y por la voluntad del adoptante de adquirir los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o maternidad respecto del adoptado, la cual tiene como objetivo principal proporcionar condiciones adecuadas de desarrollo físico y espiritual a la infancia y adolescencia privadas de ellas.

Conociendo estos dos tipos de filiación podemos definirla como la relación que existe entre padres e hijo derivada del hecho biológico de la procreación o por una decisión de la ley, de donde emanan un conjunto de relaciones jurídicas recíprocas y complementarias de deberes, derechos y obligaciones.

Así, podemos decir que el hijo es tal por naturaleza o por disposición de la Ley, debemos recordar que todos los hijos, no importando si son naturales o adoptivos son iguales ante la Ley.

El Derecho debe adaptar sus preceptos a la realidad de la sociedad a la cual organiza, por lo que los avances científicos repercuten de una forma muy importante en la legislación.

Se debe buscar que el vínculo jurídico de la filiación por naturaleza coincida con el vínculo biológico, que haya congruencia entre la realidad biológica y la realidad legal, entre la procreación y la filiación.

11.2 Clases de Filiación.

Ya hemos señalado que la filiación puede ser por naturaleza o por disposición de la ley, y que en la primera existen los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, disponiéndose distintas formas para cada uno de ellos, en lo que concierne a la determinación de su filiación. El nacimiento dentro y fuera del matrimonio no origina diferencias en sus derechos, sin embargo, para la determinación y la prueba de la filiación ambos requieren dos procedimientos e instrumentos distintos, en nuestra legislación existe en el Título Séptimo.- Capítulo IV.- Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se funda en el principio de que el hijo matrimonial se relaciona con sus padres (padre y madre) los que a su vez se encuentran vinculados por el matrimonio, la filiación de esta forma resulta ser indivisible.

Lo que no sucede con el hijo extramatrimonial ya que sus progenitores no se encuentran ligados por ningún vínculo jurídico entre sí, así vemos que la filiación resulta divisible padre-hijo por un lado y madre-hijo por otro.

En la legislación actual se ha pretendido omitir toda clasificación respecto a los hijos, todos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de él, por lo que las anteriores clasificaciones de hijos naturales, espurios, adulterinos, incestuosos, nefarios, sacrílegos, manceres, etc., no tienen efecto discriminatorio alguno ni en lo personal ni en lo patrimonial. Sin embargo, aun encontramos en el artículo 62

Código Civil que se hace referencia al hijo "adulterino",¹⁵⁾ cuando en realidad debería mencionarse el adulterio de los padres. En el artículo 64 Código Civil se utiliza la expresión de hijos "incestuosos",¹⁶⁾ considero que sería más correcto mencionar: hijos habidos de matrimonio prohibido por la ley por el parentesco no dispensado. Los artículos 77 y 78 del Código Civil, aún emplean el término de hijo "natural"¹⁷⁾ que debe sustituirse por nacido fuera de matrimonio, lo cual ya se hizo en el Título Séptimo, capítulo IV del Código Civil.

II.3 Efectos de la filiación.

Con relación a lo expuesto en los incisos anteriores, pasaré a señalar los efectos que produce el estado de filiación, ya sea que se trate de hijos de matrimonio o fuera de matrimonio, estos últimos deberán estar dentro de la relación paterno-filial por reconocimiento de los padres o por sentencia en la investigación de la paternidad o maternidad.

En primer lugar es de señalar el derecho que tienen los hijos de llevar tanto el apellido del padre como el de la madre, originándose de ello, el recíproco derecho de alimentos entre padres e hijos, naciendo deberes de respeto y obediencia de los hijos respecto de los padres, así como el deber de los padres hacia los hijos de asistencia, educación, instrucción y administración de bienes, además en cuanto a lo que toca a los derechos sucesorios.

¹⁵⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Nuevo Código Civil...*, Op. cit., p. 50.

¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 56-3.

Es de hacer notar la relación parental que se produce entre los consanguíneos y en determinados casos, los afines de los padres, originándose tanto la patria potestad como el derecho de alimentos etc., originándose además entre ascendientes y descendientes, derechos sucesorios recíprocos, incluyendo también a los colaterales, limitados generalmente a hermanos, sobrinos, tíos y primos carnales entre sí.

11.3.A Apellido.

Este efecto se deriva de la obligación que tienen los padres respecto a sus hijos de conferir sus apellidos, así vemos que el artículo 59 del Código Civil establece: "Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio, se asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilios de los abuelos y de las personas que hubieren hecho la presentación".⁽⁴⁾

Tratándose de hijos extramatrimoniales se anotará el apellido del que lo reconozca o de ambos, de acuerdo con el artículo 389 fe. I del Código Civil, en el artículo 395 del mismo ordenamiento se asienta la misma disposición para el caso de adopción.

^m *Ibidem*, p. 49

II.3.B Alimentos.

Esta obligación es recíproca en la relación paterno-filial, quedando involucrados tanto los hijos matrimoniales como los reconocidos. Artículo 301 Código Civil "La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho de pedirlos".⁽⁹⁾

Artículo 303 Código Civil.- "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado".⁽¹⁰⁾

En el artículo 304 Código Civil se establece la obligación de los hijos con respecto a los padres de dar alimentos. El artículo 305 de mismo ordenamiento habla de la obligación de los parientes consanguíneos y en ocasiones los afines de los padres de proporcionar alimentos.

El artículo 389 fc. II Código Civil habla del derecho del hijo reconocido a recibir alimentos de quien lo reconozca.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, p. 108-2.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 108-2.

11.3.C Patria Potestad.

La patria potestad se ejerce por ambos progenitores cuando se trate de hijos de matrimonio artículo 414 Código Civil y también para los hijos extramatrimoniales cuando los padres vivan juntos. En caso de la divorcio o separación de éstos el Código Civil prevee que uno de los progenitores ejercerá la patria potestad y el otro puede conservarla o perderla, artículos 380 y 381 del Código Civil.

11.3.D Educación en familia.

En nuestra Carta Magna se previene en el artículo 4º que "... Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".⁽¹¹⁾ Esta disposición se encuentra contenida como garantía individual, el mandato constitucional no se limita a considerarla solo como garantía sino que establece una obligación correspondiendo en primer lugar a los padres proporcionar esta protección y en forma subsidiaria a las instituciones públicas.

Artículo 422 Código Civil.- "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente ...".⁽¹²⁾ Nuestra legislación establece que

⁽¹¹⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Constitución Política...* Op. cit., p. 12.

⁽¹²⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Nuevo Código Civil...* Op. cit., p. 133.

la patria potestad es una relación interpersonal como consecuencia de la convivencia dentro de la casa familiar, que deberá haber el respeto usual entre quienes integran la relación, debiendo los padres observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo, artículo 423 del Código Civil.

II.3.E Derechos sucesorios.

Los hijos tienen derecho a recibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley. En cuanto a los hijos extramatrimoniales el Código Civil establece que los hijos reconocidos también tendrán derecho, artículo 389 fc. III del Código Civil.

El testador está obligado a dejar alimentos a sus hijos menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionárselos al momento de la muerte; así como a los que se encuentren incapacitados no importando su edad, en caso de no ser suficientes y haber otros acreedores, se suministrará a prorrata entre los que tengan derecho a ellos.

En el Título Cuarto del Código Civil relativo a la sucesión legítima establece quienes tienen derecho a heredar, así como las porciones que corresponden, según participen sólo los hijos, la herencia se repartirá en partes iguales, con el cónyuge le corresponderá la porción de un hijo o con los ascendientes.

CAPITULO III

III. METODOS DE FECUNDACION ARTIFICIAL.

Los avances científicos han logrado descubrimientos asombrosos los que a su vez han ocasionado cambios importantes en la vida de los seres humanos, uno de estos grandes adelantos son los medios de fecundación artificial, los cuales constituyen una verdadera revolución para la reproducción humana, ya que es posible lograr la concepción de un ser con la asistencia de un tercero sin que exista acceso carnal para lograr la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

El empleo de estas técnicas han originado situaciones no contempladas hasta nuestros días y que constituyen una novedad para el Derecho Mexicano y para la mayoría de los países del mundo.

La responsabilidad que genera la concepción de un ser es muy grande, por lo que al Derecho como normador de la vida del hombre en sociedad le corresponde velar porque los principios que los rigen sean acordes con las necesidades y tiempos que vive cada nación, para que el Derecho cumpla con sus objetivos fundamentales.

III.1 Antecedentes.

Las primeras noticias que se tienen del empleo de la inseminación artificial fueron como técnicas de reproducción animal. Según Vera Hernández desde el "año de 1322 de nuestra era, un árabe hizo uso de métodos artificiales para inseminar una yegüa; con tal fin utilizó semen recolectado clandestinamente de un magnífico ejemplar perteneciente a un jefe enemigo suyo".¹¹

"Malpighi y Bibiena en 1600, los primeros que intentaron, sin éxito, la fecundación artificial de los huevos del gusano de seda. En 1725 Jacopi y luego Weltheim parece que obtuvieron la fecundación de los huevos de salmón y de la trucha. También el sueco Cleck, en 1757, estudió atentamente la araña macho que deposita su semen en una tela, luego lo recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra que podrá darle descendencia. En 1779 Lázaro Spallanzani planteó el problema en términos científicos, obteniendo en 1872 la fecundación de una perra".¹²

En cuanto a los antecedentes de la inseminación artificial en los seres humanos tenemos que en la antigüedad, la procreación a veces admitía colaboración de tercero, "a) para el caso del marido fallecido sin sucesión (levirato, que decía que cuando dos hermanos viven juntos y

¹¹ VERA HERNANDEZ, Julio César: Inseminación Artificial en Seres Humanos. Incidencias Jurídicas, Revista Foro de México, México, No. 82, 1960, p. 95.

¹² CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F.: La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 2ª ed., México, edit. Porrúa, S.A., 1992, p. 35.

uno de ellos muere, sin dejar hijos, la mujer del muerto no será para un extranjero. Su cuñado entrará en ella y la tomará por su mujer y cumplirá con ella el deber de cuñado, y el primogénito que dará a luz tomará el nombre de su hermano difunto para que su nombre no sea borrado de Israel (Deuteronomio 25:5.7). Niyoga de la Ley de Manu, una viuda (sin hijos), recibía de su clan la orden de someterse al pariente más cercano de su difunto esposo, con el objeto de que el hijo así concebido fuera reconocido como hijo y heredero del muerto), b) en vida del marido (ley de los sasanidas de los persas , Art. 100, 4-8, el marido tenía el derecho de entregar a su principal esposa a otro hombre, siempre que ella no haya logrado descendencia, y sin culpa de su parte; para ello tiene que haber contado con el asentimiento de la mujer al deseo de él, aunque también puede hacerlo sin tal venia; pero los bienes de la esposa no pasan a aquel a quien ésta ha sido entregada). Enneccerus cita el Talmud que igualmente trata del asunto".⁴³

"En 1785 Thouret logró fecundar a una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido en una jeringuilla de estaño, Girault obtuvo nuevos logros en 30 años de intentos".⁴⁴

"En 1799, se comienza a practicar en el ser humano y así, John Hunter, consigue la primera inseminación artificial de la mujer, depositando el esperma de un tercero en el órgano

⁴³ KIPP WOLFF, Enneccerus: Tratado de Derecho Civil, p. 6., cit. por Le Riverend y Brusone, Eduardo: en Paternidad sin padre. Revista Cubana de Derecho, No. 1, enero-marzo, 1957. No. 1.

⁴⁴ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F.: Op. cit. p. 35.

externo de una señora, cuyo esposo afecto de hipospadias, deseaba a toda costa perpetuar su linaje".⁴⁵

"En 1866, el ginecólogo J. Marion Sims obtuvo un solo logro sobre 55 intentos, inyectando directamente el esperma en el útero. En 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga. Desde entonces el nuevo método fecundante ha ido difundiéndose lentamente superando el restringido ambiente pionerístico".⁴⁶

Sims publicó su experiencia científica, lo que motivó una severa crítica, el método se consideró como un procedimiento repulsivo y se alegaron aspectos médicos, sociales, morales y legales, lo que hizo que en 1886 Sims desistiera de seguir la práctica de la inseminación artificial intrauterina, pero dejó sus experiencias sobre esta materia para que sirviera de guía a los futuros investigadores.

Ya en este siglo, y debido a los adelantos científicos y técnicos de la genética y la medicina veterinaria, se produce un incremento en la inseminación artificial, en estadísticas publicadas Roelheider en 1911 había practicado 65 experimentos de los cuales sólo 21 tuvieron éxito. En 1927, en Francia se reportaron 88 casos de los que 33 resultaron exitosos. Los americanos Saimour y Kemer en 1941 reportan 9,580 casos.

⁴⁵ VERA HERNANDEZ, Julio César: *Op. cit.* p. 96.

⁴⁶ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F.: *Op. cit.* p. 35.

Así llegamos a lo que sería el mayor desarrollo de la inseminación artificial, con lo cual se hace posible que, mediante la utilización de un donante, las parejas en las cuales el esposo es infértil, pueden lograr una gestación, pero hasta hace pocos años, sólo se podía realizar, disponiendo de semen fresco, es decir, recién eyaculado, por lo que era necesaria la presencia del donante el día de la inseminación, lo que no siempre era posible y ponía en peligro la ejecución de esta práctica.

No es sino hasta hace unos 35 años que se logra crear una nueva técnica que permite congelar el semen almacenado y de esta forma, la conservación de su poder fecundante, comienza entonces la práctica de las inseminaciones artificiales con semen congelado con lo que ya no era necesaria la presencia del donante el día de la inseminación "anteriormente se congelaba a una temperatura de -40°C a -60°C almacenándolo en hielo seco, esto permitía su conservación durante unos meses, actualmente se congela a una temperatura de -196°C y se logra la supervivencia de los espermatozoides hasta por 10 años, esto almacenándolos en nitrógeno líquido y con una sustancia crió-protectora sobre la base de glicerina que protege a los gametos contra los efectos nocivos que le producía el proceso de congelación-descongelación, y aumenta la supervivencia de los mismos".¹⁷

Más recientemente, en 1978 en Inglaterra, con el descubrimiento de la fertilización *in vitro*, se logra la inseminación con los dos gametos (masculino y femenino) fuera del útero de

¹⁷ MONTES BLANCO, José Manuel y otros: Nacimiento por inseminación artificial heteróloga. Revista Cubana de Gineco-obstetricia. t. 2, Junio, 1986.

la mujer. Nueve meses después en Calcuta se tuvo noticias del nacimiento de un niño concebido en igual forma y los estudios actuales tienden a que, en un futuro se logre la gestación completa del producto fuera del cuerpo de la mujer, mediante placentas artificiales.

Los avances de la ciencia Médico-genética, han producido y siguen produciendo cambios en la vida, comportamiento y forma de pensar del ser humano y también, creando problemas reales que el Derecho debe avocarse a resolver.

III.2 Técnicas de Fecundación.

Iniciaré este inciso haciendo notar la diferencia técnica que existe entre los términos *Inseminación* y *Fecundación*.

El Diccionario de la Lengua Española los define como: "Fecundar, unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser.

Inseminación artificial: Procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera. Se usa en medicina para la fecundación del óvulo en ciertos casos de esterilidad femenina ...".⁽¹⁾

⁽¹⁾ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 20ª ed., Madrid, España, Espasa-Calpe, 1984, t. I, y II, p. 642 y 777.

Ambos términos son empleados por los autores, sin embargo la fecundación es un hecho natural del que resulta la concepción, no así la inseminación ya que como hemos visto en la definición dada en el párrafo anterior para que la fecundación se lleve a cabo en el caso de la inseminación se requiere de una intervención médica, no de un hecho natural, lo que no asegura la concepción. Sin embargo con los últimos avances alcanzados por la ciencia actualmente ya es posible lograr la concepción en un tubo de ensayo, técnica que recibe el nombre de *in vitro*, técnica que verdaderamente es una fecundación artificial extraterina.

Para el desarrollo de este trabajo en ocasiones emplearé como sinónimos las palabras Inseminación y Fecundación.

Actualmente se han efectuado estadísticas que han demostrado que uno de cada siete matrimonios, esto es el 15% de las parejas, tienen infertilidad involuntaria. El problema no sólo es de cierta magnitud, sino que además el uso amplio de anticonceptivos y la ejecución creciente del aborto para limitar los embarazos no deseados, han provocado que cada vez haya menos niños para adopción. Por lo tanto la necesidad de obtener un diagnóstico adecuado con tratamiento eficaz para la infertilidad femenina y masculina, es creciente.

Este es precisamente el problema humano que ha hecho que los científicos se hayan preocupado para la búsqueda de nuevas formas de reproducción.

El problema ahora, es que con las nuevas técnicas de reproducción asistida no se busca curar o corregir los problemas que producen la esterilidad, sino únicamente permitir la reproducción.

La valoración inicial de la infertilidad debe hacerse en forma correcta. "Para establecer el diagnóstico y el pronóstico es necesario tener en cuenta tres áreas principales: a) edad de la mujer, b) duración de la infertilidad y c) factor médico causante".⁶⁹

a) *Edad de la mujer.* Todavía no se conoce bien la razón de la infertilidad en relación con la edad, aunque pudiera haber algún defecto en el óvulo mismo que lo vuelve no apto para la fecundación.

b) *Duración de la infertilidad.* Es importante hacer notar que basta un año de coito sin protección y sin embarazo para que se inicie una valoración de infertilidad, ya que cualquier pareja normal debería concebir en ese periodo y es posible que haya alguna anomalía.

c) *Factor médico causante.* Los principales factores son:

1. *Factor central u ovulatorio,* incluye el acto físico de la ovulación y la liberación de un ovocito maduro;

⁶⁹ JONES III, Howard W., COLSTON WENTZ, Anne, BURNETT, Lonnie S.: *Treatado de Ginecología de Novak*, (trad. Dra. Ana María Pérez-Tamayo, 11ª ed., México, Interamericana McGraw-Hill, 1991, p. 231.

2. *Factor masculino*, tiene que ver con la producción adecuada de espermatozoides normales; las enfermedades venéreas pueden producir el bloqueo de los conductos espermáticos, o bien puede haber alteraciones en la producción de espermatozoides, por lo general oligospermia y azoospermia;
3. *Factor cervical*, implica la presencia de moco cervical adecuado, que sirve como medio de transporte y depósito para los espermatozoides;
4. *Factor uterino*, tiene que ver con la preparación del sitio del implante endometrial, que depende de la función endócrina ovárica y de la normalidad de la respuesta del útero como órgano terminal, las alteraciones incluyen factores locales como pólipos y miomas submucosos;
5. *Factor tubárico*, se relaciona con la permeabilidad de las trompas, que permite el transporte del espermatozoide y del ovocito: las alteraciones más frecuentes son resultado final de alguna infección;
6. *Factor peritoneal*, incluye la ausencia de cualquier barrera mecánica o física para la fertilidad dentro de la cavidad peritoneal, muchas veces se diagnostica endometriosis o adherencias pélvicas.

Puede lograrse mayor éxito en el manejo de la infertilidad cuando se encuentra alguna causa. Si el tratamiento se basa en la causa descubierta es posible determinar el pronóstico de

la fertilidad en el futuro de esa pareja, lo que resultará útil para aconsejar a las parejas en el sentido de que deben contemplar la posibilidad de la adopción o de una fecundación artificial.

El empleo de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial, no corrigen un problema de salud sino que lo evaden, ya que han hecho que se abandonen otras prácticas y estudios que en verdad traerían consigo una auténtica curación a los problemas de infertilidad como son el trasplante de trompas de falopio, cirugía tubárica reconstructiva, etc.

Dentro de las técnicas empleadas para la inseminación artificial tenemos la inseminación artificial (IA), la que se lleva a cabo en el seno materno, se emplean elementos del matrimonio: óvulo de la esposa y espermatozoide del marido (homóloga) o con elementos externos al matrimonio los de un donante, bien sea con elemento masculino extraño o con elemento femenino extraño, y cuando ambos elementos son extraños pero implantados en la esposa (heteróloga). Otra técnica es la inseminación artificial *in vitro* (FIV). Esta técnica se realiza fuera del seno materno, en recipientes de laboratorio, las llamadas transferencia intratubaria de gametos (TITG) y transferencia de embriones (FIV-TE), consideradas modalidades de la fecundación *in vitro*

También tenemos el caso de la mujer que se preste para procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella; y en el caso de muerto uno de los cónyuges puede presentarse la inseminación homóloga practicada a la esposa con semen del marido, después de fallecido o la

fecundación *in vitro* del óvulo de la esposa, adecuadamente conservado, después de su fallecimiento, con semen del marido.

III.2.A Inseminación Artificial, (IA)

La fecundación natural es la unión del semen del varón con el óvulo de la mujer, los cuales reciben el nombre de gametos. Una vez efectuada la fecundación el huevo o cigoto inicia un recorrido hasta la cavidad uterina, durante el trayecto inicia la división celular, conociéndosele como fase mórula, la cual tiene una duración de 30 horas de inicio de la fecundación hasta los tres días. La segunda etapa denominada blástula o blastocito tiene lugar durante el cuarto o quinto día después de la fecundación, y en ella se desarrolla el trofoblasto que es una capa que reviste un grupo de células y además se forma el disco embrionario. Posteriormente el trofoblasto se convierte en la placenta y el disco embrionario en el embrión. La última fase, tiene lugar el sexto día, que es cuando el huevo o cigoto llega a la cavidad uterina, quedando implantado en el lugar de su reproducción.

La inseminación artificial consiste en la transferencia directa del espermatozoide en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad uterina. Se realiza en la época en que se prevee que se ha de llevar a cabo la ovulación, de esta manera se puede lograr casi siempre un embarazo satisfactorio.

Este procedimiento requiere de la obtención del semen del varón, ya sea que se trate de semen fresco o congelado el cual se encuentra depositado en Bancos, en ocasiones debido a su deficiencia de fecundación debe ser capacitado en el laboratorio "está comprobado que algunos tipos de espermatozoos anormales son eliminados mientras atraviesan las vías genitales

femeninas",⁽¹⁰⁾ el semen es depositado en la parte más interior de la vagina o se inyecta directamente en el útero.

La capacitación del semen se obtiene sometiendo el mismo a un período de preincubación de 5 horas, los procedimientos que generalmente se utilizan para capacitarlos son: a) eyaculación fraccionada, se utiliza la porción del semen de mejor calidad, generalmente es la primera parte del eyaculado; b) Se hace pasar el semen por columnas de lana de vidrio o albúmina líquida; c) selección de diversas muestras de semen conservando las más ricas, se conservan mediante congelación y posteriormente se descongelan, se mezclan y se utilizan; d) agregando sustancias mejoradoras de la calidad del semen y e) el lavado de esperma, se hace una recolección de semen posteriormente se mezcla con una solución nutritiva, se revuelve durante cinco minutos en el centrifugado para separar el esperma del fluido nuevamente el esperma se mezcla con una solución nutritiva revolviéndose en el centrifugado durante 3 minutos, con lo cual se logra eliminar el fluido seminal del esperma y/u otros factores que pueden ser origen de su infertilidad o del posible rechazo que la mujer puede tenerles, a fin de que queden en una sustancia, únicamente los espermatozoides más vitales, es decir, con mayor movilidad, y por tanto, los más fecundantes.

Considero que este método debe ser regulado por el Derecho mexicano, ya que es un medio de ayuda a parejas que no pueden procrear hijos por sí solas, debido a alteraciones o

⁽¹⁰⁾ SOUPART. Pierre: Estado actual de la fertilización *in vitro* y la transferencia de embrión en la especie humana, México, edit. Interamericana, 1980, Vol. 3, p. 699.

deformaciones biológicas. Además dicho método, no es contrario a la ley, ya que la fecundación del óvulo por el espermatozoide se realiza de manera natural.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en sus artículos 40 y 56 contempla la inseminación artificial, mas no la define ni la regula.

El artículo 40 señala: " XI. Fertilización Asistida.- es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*",⁽¹¹⁾ precepto que no regula los procedimientos ni las técnicas para llevarla a cabo, dejándolos al arbitrio de los especialistas, los que al no tener limitaciones no les importan las consecuencias que se produzcan con motivo de la inseminación.

El artículo 56 señala: "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, aun si éste difiere con el del investigador".⁽¹²⁾

El artículo 466 de la Ley General de Salud establece: "Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación

⁽¹¹⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Ley General de Salud. Reglamento en materia de investigación para la salud.* 9ª ed., México, ed. Porrúa, S.A., p. 422.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 424.

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 impondrá prisión de dos a ocho años". El Derecho regula conductas y para poder sancionar esas conductas debe especificarse en qué consisten.

Este precepto viola la garantía constitucional contemplada en el artículo 14 que establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata". Ya que al no encontrarse definida la inseminación artificial en ley alguna por lo tanto no se regula y por lo consiguiente no se puede castigar, esto es que al no saber que es inseminación artificial ¿cómo podemos tipificar el delito? de que forma se sabrá que se está faltando al precepto.

Tratándose de la inseminación artificial homóloga considero que debe ser regulada por las Leyes mexicanas, ya que se realiza entre cónyuges o entre concubinos por lo cual no viola precepto legal alguno.

En cuanto a la inseminación artificial heteróloga, la cual consiste en inseminar a una mujer con semen de un donante. El principal problema que se plantea es determinar ¿quién es el padre?.

El Reglamento de la Ley General de Salud no señala las formalidades y requisitos que se necesita cumplir, dejando sin regular lo concerniente a las personas que desean donar células

germinales y la forma en que se debe realizar, como serfa los exámenes que se deberán practicar a los donadores con el propósito de establecer que se trata de una persona sana y de esta forma evitar anomalías futuras en los niños.

III.2.B Fertilización In Vitro. (FIV)

Las primeras pacientes tratadas con esta técnica (FIV) fueron las que tenían lesiones irreparables en las trompas de Falopio. Esta técnica consiste en remover del ovario un óvulo utilizando un instrumento, se deposita junto con el espermatozoide en un vaso de cultivo "probeta" en donde se lleva a cabo la fecundación, la obtención del cigoto y posteriormente es implantado durante la etapa de embrión en la cavidad uterina.

El paso más importante en el proceso de la fecundación (FIV) es estimular el desarrollo folicular y la maduración del ovocito, de manera que éste pueda ser aspirado en el momento adecuado (cuando está maduro). Durante las primeras experiencias se dejaba que la mujer ovulara espontáneamente, pero se presentaba el problema de que en ocasiones no se encontraba el óvulo por lo cual se procedía a extraerlo directamente del folículo, en ocasiones se obtenían óvulos inmaduros. Actualmente se suministran fármacos para estimular la ovulación en la mujer la "gonadotropina menopáusica humana y citrato de clomifeno"⁽¹³⁾, para producir estimulación folicular e incluso hiperestimulación, la utilización del ultrasonido resulta muy eficaz para determinar el diámetro folicular. La ovulación se produce al cabo de 36-40 horas siguientes a

⁽¹³⁾ Dr. Howard W. Jones III, Dr. Anne Colston Wentz, Dr. Lonnie S. Burnett. *Op. cit.*, p. 239.

la administración intramuscular del fármaco, de manera que la aspiración se programa antes de que ocurra ovulación espontánea.

Al principio el ovocito se aspiraba mediante laparoscopia bajo anestesia general. Al aumentar la experiencia con la técnica, actualmente ya puede hacerse una laparoscopia con anestesia local y se está utilizando una técnica guiada por ultrasonido, a través de abdomen y vejiga, la mayor parte utiliza la técnica transvaginal. La laparoscopia (penetración umbilical) se efectúa mediante la visualización de los ovarios con sus folículos desarrollados. Después se puncionan con una aguja larga que tiene una trampa y aspira. El líquido se lleva de inmediato al laboratorio.

En el laboratorio el ovocito se identifica con la mayor rapidez posible y se coloca en una incubadora conservándolos a una temperatura de 37°C en la cual permanecerán dependiendo de su madurez, los ovocitos inmaduros pueden someterse a una preincubación prolongada antes de la inseminación, la cual se efectúa de 6 a 24 horas después con semen preparado. La fecundación debe de ocurrir durante las siguientes 15 a 18 horas, se observa la primera división celular aproximadamente 26 horas después de la inseminación. El medio de cultivo suele cambiarse más o menos 18 horas después de la fecundación por uno más rico en proteínas. Entre las 36 y 40 horas después de la inseminación, el embrión seguramente se encontrará en la fase de cuatro a seis células y su transferencia puede efectuarse cuando se encuentra en fase de dos a ocho células, aproximadamente a los 2 o tres días siguientes.

Para llevar el embrión a la cavidad uterina se utiliza un sistema de catéteres. El embrión se toma con el catéter junto con el medio de cultivo que lo rodea y se introduce suavemente en el útero sin anestesia entre 48 y 60 horas después de la inseminación.

Una de las desventajas de esta técnica es que al utilizar el fármaco para propiciar una mayor ovulación no sólo se obtiene un ovocito sino un número mayor, que son mezclados con el semen y de esta forma se obtienen varios embriones. De los cuales sólo se utilizará uno y por lo consiguiente ¿qué pasa con los demás embriones logrados? Por lo que esta práctica debe ser prohibida e incluso penada ya que partiendo de la base del inicio de la vida, esta práctica queda perfectamente tipificada dentro de nuestro vigente delito de homicidio "el que priva de la vida a otro", artículo 302 Código Penal. Sin embargo, en mi opinión considero que debería ampliarse el concepto de aborto previsto en el Código Penal, artículo 329, protegiendo a todo concebido sin considerar que el producto quede implantado, para quedar como sigue: *"Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, así como la destrucción del embrión que se conserva en el laboratorio para los casos de inseminación artificial"*.

Esta técnica es nueva y más complicada, creemos que trae consigo una mayor cantidad de problemas de carácter jurídico.

Asimismo, se puede realizar la implantación a una mujer que no tenga relación con los gametos donados, lo que implica también un gran problema para el establecimiento de la

filiación de el nuevo o nuevos seres que nazcan creándose la figura que se ha dado por llamar "*maternidad subrogada*" y que más adelante estudiaremos.

Los resultados de la fecundación *in vitro* no son del todo satisfactorios, normalmente con la fertilización natural penetra un solo espermatozoide en el óvulo. La penetración de más de un espermatozoide la evita el bloqueo de la polispermia. Si este mecanismo fracasa, uno o más espermatozoides pueden entrar en el óvulo en el momento de la fertilización originando triploides, tetraploides, etc. Cabe también preguntarse ¿qué pasaría si se desarrollaran juntos fetos normales y fetos anormales?.

Considero de suma importancia para el presente estudio, el establecer en qué momento se inicia la vida.

Existen contradicciones en cuanto al momento exacto en que puede decirse que comienza la existencia de un nuevo ser humano, por ejemplo, en varios estados de la Unión Americana se protege al embrión hasta después de los 5 meses de gestación, momento en el cual, según sus estudios, el bebé podría sobrevivir aún estando fuera del útero de la madre, a nuestro modo de ver las cosas, la dependencia o independencia que tenga el producto en gestación es irrelevante para establecer que vive o no, es decir, no por necesitar de la madre antes de los 5 meses, el bebé tiene "menos vida" que cuando haya nacido, el bebé vive desde mucho antes ya que tiene funciones vitales como alimentarse, circulación sanguínea, crecimiento, etc.

Otras corrientes dicen que no es sino hasta después de los 14 días de la fecundación, es decir, de la unión del óvulo con el espermatozoide, que se inicia la vida.

Esta teoría se apoya en la idea de que, ahora con el descubrimiento de la fertilización *in vitro*, se ha demostrado que después de la fecundación, el huevo o cigoto puede ser implantado en el útero de la mujer hasta 14 días después.

De acuerdo con lo que establece el artículo 22 del Código Civil "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". Por lo que considero que la inseminación *in vitro* debe quedar prohibida ya que en mi opinión la vida se inicia en el preciso momento en que se unen el óvulo y el espermatozoide creando con esto, un nuevo ser vivo, que en esta primera fase recibe el nombre de huevo o cigoto.

El establecer el inicio de la vida, resulta realmente importante para el presente estudio, al tratar de establecer el parentesco, la filiación y en general todo el régimen jurídico a que han de quedar sujetos, tanto las parejas que utilicen los medios de fecundación asistida, como el producto de los mismos, es decir, los hijos que nazcan o que sean procreados mediante estos procedimientos.

III.2.C Transferencia de embriones (FIV-TE).

Esta técnica es considerada una modalidad de la fecundación *in vitro*, es una técnica no quirúrgica para transferir el óvulo, en la que una mujer voluntaria se somete a inseminación artificial con el semen del marido de otra que por alguna razón no puede producir ovocitos. La esposa puede contar con varios accesibles, por lo que no es posible aspirar los ovocitos por laparoscopia, o bien puede sufrir insuficiencia ovárica precoz.

La donadora es inseminada durante un ciclo ovulatorio normal y cuatro o cinco días después se somete a una técnica patentada de lavado uterino esperando recuperar al ovocito fecundado, ahora embrión en fase de blastocito. Si la sincronización es adecuada, la transferencia del embrión en la esposa puede tener como resultado un embarazo intrauterino.

Las principales complicaciones para la donadora del ovocito son la posibilidad de un embarazo intrauterino o ectópico e infección. Para la receptora del embrión, el embarazo ectópico es una complicación potencial. La transferencia no quirúrgica del óvulo todavía está en fase de investigación.

La diferencia de este método con la fecundación *in vitro* es que la fecundación se efectúa dentro del útero, mientras que en la segunda en un traste de laboratorio.

El semen y los ovarios utilizados pueden ser de alguno de los cónyuges o de un tercer donante. Asimismo, pueden contratarse los servicios de una mujer, para que geste al niño en lugar de aquella mujer que no puede tener hijos, con el acuerdo de que se entregará al niño después del nacimiento.

Considero que este método debe ser prohibido por las mismas razones de la fecundación *in vitro*, además porque pone en peligro la vida de la mujeres que intervienen, tanto de la donadora como de la receptora, independientemente de la muerte del embrión.

III.2.D Transferencia intratubaria de gametos (TITG).

Esta técnica fue diseñada por el Dr. Asch y colaboradores, en la que se colocan gametos, espermatozoides y ovocitos en la trompa mediante laparoscopia. La inducción del desarrollo folicular, los procedimientos de vigilancia y la preparación del semen son iguales a las técnicas utilizadas para la fecundación *in vitro*. La diferencia estriba en que los ovocitos, después de ser aspirados, son mezclados con los espermatozoides y se colocan dentro de la trompa. Se extraen cuatro ovocitos de la paciente, dos de cada lado, o se introducen un total de cuatro ovocitos más semen en las trompas con la esperanza de evitar la posibilidad de un embarazo múltiple; en los programas en que se utilizan técnicas de criopreservación para almacenar embriones se aspiran tantos ovocitos como les sea posible, se efectúa el procedimiento de transferencia intratubaria de gametos con los cuatro mejores, se inseminan los demás *in vitro* y se observan en busca de fecundación y posteriormente de división.

A pesar de que esta técnica es relativamente nueva, su índice de embarazos parece ser bastante elevado, entre 30 y 40%. Su ventaja es que no requiere de incubación ni cultivo en un laboratorio, pero su desventaja es que no permite al clínico determinar si la fecundación es posible en una pareja dada. Por lo tanto, es importante que una pareja con infertilidad inexplicable o por factor masculino inicialmente es sometida a una fecundación *in vitro* para asegurar que cuando menos la fecundación.

En cuanto a la inseminación artificial realizada con semen de un donante, los cuales son personas que acuden a lugares que sirven de "Banco" de semen y donde, se prepara el semen para que esté en óptimas condiciones y se congele, quedando clasificados de acuerdo a las características físicas de los donantes para poder inseminar a la mujer con los gametos de una persona que reúna las características de ella misma, su familia, su marido o con el fin de que su hijo nazca con ciertas características que a ella o a la pareja le gusten o sean mejor aceptadas por la sociedad.

Además es necesario que los donantes pasen por una serie de controles para descartar el que sean portadores de enfermedades hereditarias o adquiridas.

La falta de gametos propicia el que se trafique con ellos en forma indiscriminada donde no hay un control real y especializado, por lo que se aceptan gametos que puedan no tener todas las características de salubridad o de completa capacidad genética que, para desarrollar alguna técnica de fecundación asistida, se pudiera requerir.

La donación de gametos, tanto de espermatozoides como óvulos tienen lugar cuando la mujer o el varón e incluso ambos son infértiles o cuando se quiere evitar el transmitir anomalías genéticas.

Los gametos masculinos tienen la ventaja de poder ser congelados y conservar su poder fecundante durante 10 años, no así con los óvulos femeninos éstos no se pueden congelar, además su donación es más complicada por la dificultad de su extracción y porque en condiciones normales la mujer produce un solo óvulo cada mes, y por último la fecundación de un óvulo donado debe ser realizado mediante fertilización *in vitro*.

Debemos tomar en cuenta que la donación de gametos no tiene las mismas implicaciones que la donación de cualquier órgano del cuerpo humano ya que en el caso que nos ocupa, se está donando la paternidad o maternidad de un producto nacido de una fertilización asistida lo cual no se debe realizar ya que los derechos de filiación no pueden ser vendidos, donados o cedidos a terceras personas.

Además, en la donación de órganos se tiene la justificación de que una persona necesita un órgano de otra para poder seguir existiendo, lo que no sucede con la donación de gametos, las ganas de tener un hijo pudiera nacer de una necesidad psicológica que bien puede ser superada a través de la figura de la adopción, así se podría también solucionar el problema de muchos niños sin hogar, que no tienen atención y que a la larga puede acrecentar problemas de delincuencia o drogadicción.

El caso de los embriones que sobran al practicar una fertilización *in vitro* es otro gran problema que presenta esta técnica.

Debe aclararse que en este caso no se trata de una donación de un objeto o de algunas células, se trata de una donación de un ser humano.

Podría darse el caso de que los padres reales (o donadores) posteriormente deseen que se les otorgue la paternidad del niño que donaron en su fase embrionaria.

También es necesario considerar el caso de parejas que congelen embriones para prevenir una posible esterilidad posterior, bajo que situación jurídica quedarían los embriones ¿si los padres mueren antes de que sean implantados o bien si deciden divorciarse?

Este gran problema también es propiciado por la práctica de la fertilización *in vitro* en la que, como ya se ha mencionado se produce una plus-ovulación para fecundar varios óvulos y transferir más de uno a la futura madre y congelar los otros para otras implantaciones, para donarlos o bien son destruidos o utilizados para investigación, todos estos casos producen graves implicaciones morales y jurídicas.

Este tipo de prácticas se van realizando en el mundo cada vez más, como una práctica común por lo que es necesario que los legisladores de cada país incluyendo el nuestro, por supuesto tomen conciencia de lo que pasa en nuestros días.

III.2.E Maternidad Subrogada.

Lo que se ha dado en llamar maternidad subrogada es la práctica que se aplica a una mujer para que se lleve a cabo un embarazo en sustitución de otra mujer, la cual puede presentar problemas en la pelvis o carecer de útero, con la intención de entregarlo después de su nacimiento, acuerdo que se "formaliza" en un contrato.

Se pueden emplear para la implantación de las células germinales, de los cónyuges, del esposo y de la madre gestante, del esposo y de donante, de la esposa y de un donante, de la madre gestante y de donante o ambas de donante.

En nuestro país no son de gran polémica estas circunstancias ya que no es muy usual darlo a conocer a la luz pública. Por otra parte, los Estados Unidos ocupan un lugar muy renombrado por sus estadísticas en ese tipo de prácticas. En ese país es muy frecuente encontrar publicado en los diarios "*úteros de alquiler*" que cuestan entre los 5,000 y 20,000 dólares.

Esta práctica de constante aplicación, ha dado como resultado una problemática muy peligrosa en el sentido real de que la maternidad se está comercializando. En cuanto al contrato celebrado debe ser considerado ilícito ya que el objeto del mismo no concuerda con lo establecido en los artículos 1824 y 1825 del Código Civil, que hablan de objetos no de seres humanos, de ser aceptado este tipo de contratos debería considerarse como un insulto a la dignidad de la persona al considerarlo mercancía.

En nuestra opinión, no es la maternidad lo que es subrogada, sino las obligaciones que contrae una madre al llevar a su vientre un ser vivo, el cual como hemos dicho, se encuentra bajo la protección de la ley.

Parir a un ser no vincula "sanguíneamente" a la madre con el hijo, porque el origen de la vida se encuentra relacionado con el espermatozoide y el óvulo que dieron origen al ser por lo que los que dieron causa a ese ser son los que originaron su composición genética.

Aunque un recién nacido sea amamantado y cuidado por otra mujer distinta a su madre, esto no modifica la relación madre-hijo, hablando en términos de consanguinidad.

Originada la vida, la mujer que preserve el embrión (madre subrogada) no influye genéticamente al ser, sólo es compatible con él, naturalmente le es ajeno, y artificialmente le cuida.

No es posible considerar, dado el caso, que una máquina que preservare la vida del concebido sea su madre debido a que no lo determina genéticamente.

Siguiendo las reglas de nuestro Código Civil, para establecer el parentesco consanguíneo es necesario que las personas desciendan de un mismo progenitor (artículo 293).

Así, diríamos que el parentesco consanguíneo es el biológico, las dos personas que aportaron los gametos (femenino y masculino) son los progenitores. Es progenitor quien genéticamente propicia la existencia.

Sin embargo, el que induce la existencia puede ser distinto de quien aporta los elementos genéticos y es este acto deliberado el que jurídicamente debe dar origen a la obligación alimentaria.

Ahora va a ser necesario hacer una diferencia entre los padres biológicos, a quienes llamamos simplemente progenitores, y aquellos a quienes por presunciones establecidas en la ley se les considera como padres.

La madre no puede dejar de reconocer a su hijo, e incluso su nombre debe de figurar en el acta de nacimiento, artículo 60, segundo párrafo Código Civil. La madre, en este caso, sólo puede ser aquella a la que se refiere el artículo 360 del Código Civil, es decir, la que dio a luz. Encontramos una discrepancia entre la realidad y la situación jurídica.

CAPITULO IV

IV. LA FILIACION DEL CONCEBIDO POR MEDIO DE FECUNDACION ARTIFICIAL.

Ya hemos señalado que la filiación puede ser por naturaleza o por disposición de la ley, en la primera encontramos a los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales.

En el capítulo anterior se trató lo relativo a las diferentes técnicas que se emplean para lograr la fecundación artificial, así como los inconvenientes y faltas que se cometen en el uso de las mismas en cuanto al ámbito de protección a la vida y del Derecho, en especial se planteó la necesidad de completar la reglamentación existente en cuanto a la Ley General de Salud.

Con relación a lo expuesto anteriormente pasará a señalar la forma en que se determina la maternidad y la paternidad, así como a señalar los posibles problemas que pudieran presentarse con la utilización de las técnicas de inseminación artificial, anteriormente descritas, en cuanto a las relaciones jurídicas paterno-filiales.

IV.1 Determinación de la maternidad.

La determinación de la maternidad es evidente debido a ciertas manifestaciones físicas, que constituyen realidades socialmente públicas que no ofrecen grandes dificultades para su

confirmación, por lo que la identidad del hijo con respecto a la madre la más de las veces no deja lugar a dudas.

Los elementos para la filiación a la maternidad son el parto y la identidad del hijo, así vemos que conforme al artículo 360 del Código Civil, "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento..."⁽¹⁾ tratándose de la filiación de los hijos de matrimonio se adiciona el acta de matrimonio. En este artículo encontramos el primer elemento para la determinación de la maternidad, que es el alumbramiento, se puede afirmar como un hecho de prueba directa.

El segundo elemento, la identidad del hijo, consiste en determinar si el hijo es realmente el que dio a luz la mujer, esto se puede probar mediante el acta de nacimiento o con la posesión de estado de hijo.

Por otra parte, el artículo 60 del mismo ordenamiento establece: "... La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los Tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código..."⁽²⁾

⁽¹⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, 15ª ed., México, edit. Andrade, S.A., p. 50.

⁽²⁾ *Ibidem*, p. 50.

Sin embargo, el artículo 62 del Código Civil señala que en el acta de nacimiento de un hijo *adulterino* "... no podrán asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo".⁽³⁾

En el artículo 63 del Código Civil se indica que cuando un "... hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el Juez del Registro asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare".⁽⁴⁾

En esta forma encontramos las bases para la concesión de la acción de investigación de la maternidad que nuestro Derecho autoriza en el artículo 385 del Código Civil, donde: "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...", imponiendo a continuación la prohibición de conceder esta acción "...cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". Sin embargo, esta prohibición no es absoluta, como se indica en el siguiente precepto "... el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal".⁽⁵⁾

⁽³⁾ *Ibidem*, p. 50.

⁽⁴⁾ *Ibidem*, p. 51.

⁽⁵⁾ *Ibidem*, p. 126.

En síntesis, la acción de la investigación de la maternidad en nuestro Derecho puede ser ejercitada no sólo por el hijo, sino también por sus descendientes, pudiéndose probar a través de los medios de prueba ordinarios, pero como hemos señalado, una cosa es probar el nacimiento y otra muy distinta probar la acción de investigación de la maternidad, porque ésta tiene por objeto el reconocimiento forzoso del hijo por parte de la madre, en tanto que en el primer caso se tiene como finalidad la prueba del hecho del nacimiento, independientemente de la filiación que se tenga.

Por lo que respecta a la restricción que señala nuestro ordenamiento legal para la concesión de la acción de investigación de la maternidad, nos parece atinada, máxime si tomamos en cuenta que las excepciones que consigna pretenden proteger al matrimonio.

El parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio, además del parto es necesario establecer la identidad del hijo, para lo cual el artículo 55 del Código Civil exige que:

"Tienen obligación de declarar el nacimiento el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos paternos y en su defecto, los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquel.

Los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, tienen la obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna.

Si el nacimiento tuviere lugar en un sanatorio particular o del Estado, la obligación a que se refiere el párrafo anterior, estará a cargo del Director o de la persona encargada de la administración.

Recibido el aviso, el Juez del Registro Civil tomará las medidas legales que sean necesarias a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas".⁶⁹

Además en el artículo 54 del Código Civil se exige la presentación del niño, y el artículo 58 del mismo ordenamiento establece que el acta de nacimiento contendrá el sexo del presentado, nombre y apellidos, la impresión digital y la presencia de dos testigos.

IV.2 Determinación de la paternidad.

La paternidad es un hecho oscuro que no lleva consigo una prueba directa y absoluta, resultando por lo tanto de difícil comprobación, sólo puede presumirse.

Desde épocas muy antiguas, hubo siempre preocupación por establecer el medio menos equívoco de probar la procedencia derivada de la línea paterna, y es así como los legisladores romanos establecieron un medio presuncional de pruebas haciendo uso para ello del aforismo

⁶⁹ *Ibidem*, p. 48-7.

Pater est cuod justae nuptiae demonstrant,⁽⁷⁾ que traducido literalmente es *Padre es el que las justas nupcias enseñan o demuestran*, nosotros simplemente diremos, padre es el marido de la madre. La presunción que se establece en este aforismo, es insuficiente ya que cubre a todos los hijos nacidos de matrimonio, pero deja desprotegidos a los hijos nacidos con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial por razones legales o accidentales, pierden por ese solo hecho el parentesco derivado del padre.

Tal situación ha llevado a la ley a fijar plazos mínimos y máximos de la gestación, lo que encontramos en el artículo 324 del Código Civil que a la letra dice: "Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta 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".⁽⁸⁾

Nuestro legislador, no se detuvo en las presunciones sólo a los hijos nacidos de matrimonio sino que se extendió a los hijos del concubinato, pues en la exposición de motivos de nuestro Código Civil la comisión redactora tuvo que reconocer la existencia de esta manera

⁽⁷⁾ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F.: *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 2ª ed., México, edit. Porrúa, S.A., 1992, p. 13.

⁽⁸⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Código Civil. Op. cit.*, p. 114.

tan extendida en nuestro medio de formar la familia, dándole algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina que al mismo tiempo es madre, así vemos que el artículo 383 del Código Civil dispone los mismos plazos para la presunción de que los hijos habidos son producto del concubinato.

También en nuestro Código Civil encontramos en forma clara las presunciones para fijar la filiación en los casos que plantea el divorcio, la viudez y la nulidad del matrimonio frente a las segundas nupcias de la divorciada, de la viuda o de aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo, siempre que el matrimonio se haya contraído dentro del periodo prohibido; trescientos días, que establece el artículo 158 del ordenamiento citado, en el artículo 334 tenemos que "Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo contrajere nuevas nupcias dentro del periodo 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...

- 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 de la disolución del primero".⁹⁰

Para todas estas presunciones mencionadas no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento, artículo 325 de la citada legislación, y a mayor abundamiento sigue diciendo el artículo 326, que el marido no podrá desconocer a los hijos, ni aún en el caso en que alegue adulterio de la madre, etc.

De las situaciones antes expuestas, podría concluirse que los nacidos antes de 180 días que siguen a la unión conyugal, y después de los 300 posteriores a su disolución son extramatrimoniales, lo que sería cierto de no existir lo mandado por el artículo 330 del Código Civil del que se desprende, que tanto aquéllos como éstos son matrimoniales a no ser que el marido o los herederos los desconozcan, ya que si bien es cierto que el citado precepto habla de la acción de desconocimiento, deja su ejercicio al padre y a sus herederos al utilizar el concepto "podrá" de lo que se concluye que en tanto y mientras no se ejercite la acción aludida, gozará el hijo de la condición de matrimonial, y más aún hasta en tanto se dicte sentencia que haya causado estado para todos los efectos legales a que hubiere lugar. Como puede observarse, la al parecer simplísima acción de desconocimiento, no lo es tal, ya que necesita que su ejercicio sea favorable en sentencia ejecutoriada pues si se deja a los tenedores de la acción que con el

⁹⁰ *Ibidem*, p. 116.

solo hecho de promover el desconocimiento, éste automáticamente produjera la consecuencia jurídica de tener al hijo por extramatrimonial, se contradiría la presunción de que el hombre que contrae nupcias con una mujer cuyo estado de gravidez es fácilmente comprobable y hasta notorio a simple vista, debería conocer la situación de la esposa y afrontar el cargo de la paternidad del hijo, y a mayor abundamiento el artículo 328 del Código Civil, establece que si el marido ha conocido antes de casarse el embarazo de la mujer, o reconocido la paternidad del hijo en el acta de nacimiento de éste, no podrá desconocerlo.

Por lo que respecta al hijo nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación efectiva de los cónyuges en los casos de nulidad o de divorcio, sería de buena lógica que fuera extramatrimonial, pero no es así, es necesario ejercitar acción de impugnación de paternidad.

En párrafos anteriores nos hemos referido al caso del hijo nacido del estado de hijo de matrimonio, se ejercita cuando éste nace antes del plazo mínimo y la acción de impugnación al nacido, después del plazo máximo para la gestación desde la disolución del vínculo matrimonial.

En tal virtud debe tenerse presente que la acción de desconocimiento en los extremos del plazo mínimo y máximo que hemos asentado de acuerdo con el precepto legal invocado, artículo 325 del Código Civil, establece tal presunción a favor del marido que pruebe que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con la mujer, en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Asimismo, que las acciones de desconocimiento e impugnación de la paternidad, tienen una vida muy limitada, ya que deben deducirse dentro de 60 días, contados desde el nacimiento si el marido está presente, desde que llegó al lugar si estuvo ausente o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Por lo que se refiere a la impugnación atento lo expuesto en párrafos anteriores, no se marcan plazos especiales para ejercitar la acción, salvo los plazos que se citan para la prescripción.

En cuanto a los medios de prueba tenemos el acta de nacimiento, acta de matrimonio de los padres y la posesión de estado.

A continuación pasaré a analizar cuales son los requisitos que debe tener el acta de nacimiento en cuanto a su validez. Los requisitos se distinguen en comunes a todas las actas relativas al estado civil y requisitos especiales del acta de nacimiento.

Los requisitos comunes a todas las actas del estado civil que podemos decir que se consideran esenciales, son los siguientes:

- 1.- Que la declaración sea recibida por un Juez del Registro Civil, en presencia de dos testigos;
- 2.- Que sea inscrita en el libro respectivo del Registro Civil;
- 3.- Que sea firmada por el Juez, el declarante y testigos.

En cuanto a los requisitos especiales del acta de nacimiento encontramos los siguientes:

- 1o.- Que la declaración del nacimiento debe hacerse dentro de los seis meses de ocurrido aquel en lo que respecta al padre y la madre. Por lo que respecta a los médicos y cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto tienen obligación de dar aviso del nacimiento al juez del Registro Civil, dentro de las 24 horas siguientes artículo 55 del Código Civil.

- 2o.- La declaración del nacimiento debe ser hecha por el padre, por la madre, por los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna, teniendo la obligación éstos de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil al día siguiente de que ocurrió el alumbramiento.

"Cuando el nacido fuere presentado como hijo de matrimonio deberán asentarse los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, así como también los nombres y domicilios de los abuelos y de las personas que hubieren hecho la presentación",¹⁰⁹ según se desprende de lo estipulado en el artículo 59 de nuestro Código Civil en vigor.

La ley ha querido poner al alcance de todo aquel a quien interese, un medio de prueba muy fácil porque es la filiación tipo, que debiera ser la de todas las personas y que de hecho lo es de la gran mayoría. De esa manera, la sociedad entrega a cada uno de sus miembros, a su

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 49.

nacimiento un pasaporte. El acta de nacimiento es la prueba por excelencia de la filiación, desempeña el mismo papel que el acta de matrimonio para probar la celebración de éste.

Según lo estipulado por el artículo 340 del Código Civil que a la letra dice: "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres".⁽¹¹⁾

Se desprende del párrafo anterior, que el acta de matrimonio de los padres constituye también prueba plena respecto a la filiación de los hijos nacidos de matrimonio.

En el artículo 341 del Código Civil está estipulado que "a falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio...".⁽¹²⁾

En la posesión de estado encontramos que es necesario llenar tres requisitos que se denominan *Nomen, tractus, fama*, con lo que se quiere decir llevar el nombre de la familia (*nomen*), en ser tratado como miembro de ella (*tractus*), y en que esto haya ocurrido durante un determinado espacio de tiempo, que haya creado a su vez una situación de convencimiento general, que socialmente se conoce con la palabra (*fama*), de tal forma que para probar la

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 117.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, p. 117.

posesión de estado, es necesario llenar los tres requisitos fundamentales del Nomen, Tractus y la Fama.

Nuestra legislación permite la justificación del estado de hijo matrimonial, no sólo cuando existe un principio de prueba por escrito proveniente de ambos padres conjunta o separadamente, sino cuando concurren fundadas presunciones, resultantes de hechos ciertos y bastantes para determinar la admisión de otras pruebas.

De lo anteriormente expuesto, podemos decir que si hubiese hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, habiendo ambos fallecidos, o por enfermedad o ausencia les fuese imposible manifestar el lugar en que se casaron, no se les podrá negar a los hijos haber nacido de matrimonio por solo la falta de presentación del acta de matrimonio de los padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos. De lo que se deduce que a falta de acta de nacimiento y de matrimonio de los padres, basta la posesión constante de hijo. El dominio de aplicación de la posesión de estado es más extenso que el del acta de nacimiento, pues al mismo tiempo demuestra el parto de la madre y la identidad del hijo. Debe irse aún más lejos y decirse que la posesión de estado sobrepasa a la filiación materna, demostrando al mismo tiempo la paterna, puesto que debe existir tanto del padre como de la madre.

La palabra *constante* que usa el Código para la posesión, quiere decir continua, no interrumpida, de modo que haya empezado con el nacimiento del hijo, o en el momento en que

fue conocida su existencia por el padre o la familia, y que no se perturbe por algún hecho verdaderamente contrario a esta posesión, como sería si el hijo adquiriese un nuevo estado de filiación opuesto al primero; pero no cuando se interrumpe por ausencia o ignorado paradero, cautividad, presunta muerte, etc., en cuyos casos lo único que habrá que probar es la identidad de la persona.

La posesión de estado se refiere especialmente al padre, porque la madre es casi siempre conocida y por eso se colocan en primer lugar los hechos que arguyen un reconocimiento de aquel; pero a veces será preciso probarla juntamente para la madre, lo cual puede ser también una presunción a favor de la del padre.

Concluyendo sobre este punto, debo hacer notar que la prueba de posesión de estado ha de utilizarse solo cuando no existe el acta de nacimiento, por haberse extraviado o destruído en un incendio, o tal vez, por no haberse inscrito, y no hay tampoco documento auténtico ni sentencia firme.

Con relación a lo expuesto en los incisos anteriores, pasaré a señalar los efectos que produce el estado de filiación matrimonial.

En primer lugar, es de señalar el derecho que tienen los hijos de llevar tanto el apellido del padre como el de la madre, originándose de ello, el recíproco derecho de alimentos entre padres e hijos, naciendo deberes de respeto y obediencia de los hijos respecto de los padres, así

como el deber de los padres hacia los hijos de asistencia, educación, instrucción y administración de bienes, además en cuanto a lo que toca en relación con la persona y patrimonio de los hijos.

Es de hacer notar la relación parental que se produce entre los consanguíneos y en determinados casos, los afines de los padres, originándose tanto la patria potestad como el derecho de alimentos etc., derivándose además entre ascendientes y descendientes, derechos sucesorios recíprocos, incluyendo también a los colaterales, limitados generalmente a hermanos, sobrinos, tíos y primos carnales entre sí.

La legitimación constituye un recurso, mediante el cual, los hijos que de hecho no nacieron de matrimonio y debían por lo tanto ser tenidos por hijos extramatrimoniales, se finge que no lo son, suponiendo que nacieron estando sus padres casados, o lo que es decir, que los hijos nacidos o concebidos fuera de matrimonio, adquieren el carácter de matrimoniales, al celebrar los padres el matrimonio, quedando dentro de este privilegio aquellos hijos que al momento de la concepción o su nacimiento, los padres no estaban en aptitud legal para celebrar el matrimonio por alguna causa especial.

Por lo consiguiente pasaré a hacer un estudio de la legitimación por subsiguiente matrimonio, la cual está regulada en nuestro Código Civil vigente.

La legitimación por subsiguiente matrimonio, no hace sino reconocer la voluntad de los padres expresada en el hecho mismo del matrimonio, de tal forma que los hijos habidos antes

de la celebración del matrimonio gozarán de la calidad de legítimos al celebrarse el matrimonio subsecuente de los padres, debiendo hacerse el reconocimiento expresamente antes de la celebración, en el acto mismo o durante la celebración del matrimonio, pudiendo hacer dicho reconocimiento conjunta o separadamente, ambos padres.

De lo expuesto en las líneas anteriores, podemos observar que para que tenga lugar la legitimación a que he venido haciendo referencia, se necesitan dos requisitos primordiales, tales como el reconocimiento conjunto o separado de los padres, y el matrimonio de los mismos, que por regla general legitima de pleno derecho a los hijos reconocidos.

El día en que se celebre el matrimonio de los padres, el hijo adquiere todos sus derechos a pesar de que el reconocimiento sea posterior a dicho matrimonio.

En el caso de que un matrimonio se encuentre afectado de nulidad, pero éste ha sido contraído de buena fe ya sea por uno o ambos cónyuges, produce los efectos de un matrimonio válido y por lo consiguiente se considerará válida la legitimación que del hijo se haga.

Cuando el padre ha reconocido al hijo y aparece en su acta de nacimiento el nombre de la madre, no es necesario el reconocimiento expreso de ella, para que surta efectos legales la legitimación.

En principio la legitimación debe tener lugar durante la vida del hijo, puesto que no puede otorgarse un estado al que no existe. Por excepción, nuestro Código Civil en su artículo 358, hace referencia a la legitimación que es válida cuando los hijos ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de los padres, si dejaron descendientes.

Otro caso de legitimación es el que se otorga a 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, artículo 359 del Código Civil.

Existen dos formas de entender el contenido del reconocimiento: reconocimiento confesión y reconocimiento admisión.

"Ambroise Colin ha demostrado que, si el reconocimiento era ante todo un modo de prueba, parecido a la confesión judicial, a lo que llama *Reconocimiento-confesión*, era también un acto de voluntad unilateral destinado a crear el lazo de filiación, un *Reconocimiento admisión*.⁽¹³⁾

"El reconocimiento, en primer lugar, es un modo de prueba y produce el efecto de hacer reconocer retroactivamente el lazo de filiación; produciéndose sus efectos *erga omnes*. Pero dicha función no basta para darse cuenta del papel preponderante que el Código concede al reconocimiento: la confesión no tiene valor más que cuando perjudica a quien la produce, y el

⁽¹³⁾ PLANIOL Marcelo y RIPERT Jorge: *Tratado Práctico de Derecho Civil, México, edit. Cajica, 1980, p. 646.*

reconocimiento en cambio puede tener por objeto en ciertos casos el asegurar a su causante un derecho de sucesión sobre los bienes del hijo. Además el reconocimiento del poder es la confesión de un hecho del que no tiene seguridad alguna y lógicamente no debiera tener fuerza sino viene confirmado por la madre, por lo tanto es necesario aceptar la idea del reconocimiento admisión. El reconocimiento es un acto de voluntad por el cual una persona hace ingresar a un hijo en familia".⁽¹⁴⁾

¿Pueden ser reconocidos los hijos no nacidos? Los padres del hijo pueden desear reconocerlo, cuando todavía esté en el seno materno, en previsión de que pudiendo morirse algunos de ellos antes del nacimiento, quedara el hijo sin ser reconocido; y no sería justo que tratándose del interés de aquél, se les impidiera a los padres practicar el reconocimiento, tanto menos cuando que éste vendría a ser una aplicación de la máxima "*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commo ejus agitur*"⁽¹⁵⁾ (El hijo concebido se tiene por ya nacido cuantas veces se trata de cosas que lo benefician). Nuestro Código hace una justa aplicación de dicha máxima al establecer en su artículo 364, "Que puede reconocerse al hijo que no ha nacido..."⁽¹⁶⁾ es preciso para que un reconocimiento, así hecho, sea válido, es preciso que en la época en que se haga, el hijo haya sido concebido, pues si no lo ha sido, el reconocimiento no tendría sobre que recaer.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 647.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 648.

⁽¹⁶⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Código Civil... Op. cit.*, p. 122.

De lo que se desprende al analizar el precepto legal antes citado, que hay un primer deber del padre de declarar el nacimiento y que sanciona el incumplimiento de tal obligación.

Abundando sobre este punto cabe señalar que cuando falte el padre, la obligación pasa a otras personas, lo cual se verifica siempre en los casos de nacimientos extramatrimoniales.

¿Pueden ser reconocidos los hijos muertos? Cuando el hijo ha muerto dejando descendientes, el legislador mexicano ha considerado según se desprende del final del artículo 364 de nuestro Código Civil que dice que "Puede reconocerse al hijo... que ha muerto, si ha dejado descendientes";¹⁷ de donde se infiere que si el hijo no ha dejado descendientes, no puede ser reconocido.

Sólo el padre y la madre pueden reconocer al hijo nacido fuera de matrimonio; siendo el reconocimiento una confesión, y de las más íntimas que puede haber, se comprende que no pueda emanar de otra persona que no sea el padre o la madre del hijo.

Del principio de que el reconocimiento es un hecho personal, deriva la consecuencia de que no puede producir efectos, sino respecto del que lo hace.

La filiación del hijo extramatrimonial con relación a su padre y a su madre no quedará, pues establecida más que cuando ambos lo hayan reconocido. Según lo estipulado en el artículo

¹⁷ *Ibidem*, p. 122.

370 del Código Civil, que "Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancia por donde aquella pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles".⁽¹⁹⁾ El desacato a estos requisitos llevados a cabo por juez de primera instancia, Juez del Registro Civil y en su caso Notario trae como consecuencia la destitución del empleo e inhabilitación para desempeñar otro, por un término que no baje de dos ni exceda de cinco años, según lo estipulado en el artículo 371 del Código Civil.

Atendiendo a la radical importancia que tiene el reconocimiento, la ley no permite que pueda hacerse sino en formas determinadas. Cinco son estas formas que el artículo 369 del Código Civil vigente, enumera, diciendo que "El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I. En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento; y
- V. Por confesión judicial directa y expresa".⁽¹⁹⁾

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, p. 123.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 123.

El reconocimiento hecho en la partida de nacimiento, tiene lugar cuando la manifestación sobre la paternidad la realiza el reconocedor al comparecer en el Registro Civil para practicar la inscripción de nacimiento del reconocido.

Se trata de hacer tal declaración en acta de nacimiento, y no es, por tanto documento apto para un reconocimiento, la partida sacramental de bautismo.

Reconocimiento por acta especial ante el juez del Registro Civil, de la lectura de los artículos 77 y 78 del Código Civil referentes a las actas de reconocimiento de los hijos naturales podemos observar la características de que son objeto dichas actas.

"Si el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos del reconocimiento legal, respecto del progenitor compareciente",⁽²⁰⁾ artículo 77 del Código Civil.

El artículo siguiente estipula los requisitos que se deben llenar al llevarse a cabo el reconocimiento de un hijo natural en acta especial de reconocimiento.

Artículo 79 del Código Civil "El reconocimiento del hijo natural mayor de edad requiere el consentimiento expreso de éste en el acta relativa".⁽²¹⁾

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, p. 56-3.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 56-3.

Reconocimiento en escritura pública, las condiciones de autenticidad que la ley quiere que tenga todo el reconocimiento quedan cubiertas, no solamente cuando se hace ante los jueces del Registro Civil, sino también cuando tiene lugar en Escritura Pública, toda vez que las solemnidades de que están revestidos estos documentos son una garantía de que quedan satisfechas aquellas condiciones.

Naturalmente, para que el reconocimiento así practicado sea legal, es preciso que la escritura en que se haga reúna los requisitos necesarios de validez: las escrituras públicas son documentos auténticos, en tanto que han sido hechas con observación de las formalidades legales; si no reúnen estas formalidades, no pueden considerarse como escrituras públicas.

Reconocimiento hecho en testamento, nuestro Código Civil dispone que el reconocimiento puede hacerse en testamento, artículo 369, es decir, acto que formal y substancialmente sea testamento.

Llenado el testamento, como las actas ante el juez del registro civil y las escrituras públicas, las condiciones de autenticidad que la ley quiere que tenga el reconocimiento, es evidente la justificación con que ha procedido el legislador para admitir aquella clase de instrumentos, entre las formas en que puede reconocerse a los hijos.

Nuestro Código no hace distinciones entre el testamento público y el privado, al enumerar los instrumentos testamentarios entre las formas en que se puede practicar el

reconocimiento; de donde resulta que el reconocimiento hecho en testamento privado es tan válido como el que se haga en testamento público.

No es necesario que el reconocimiento conste en un modo formal como cuando se hace en escritura pública, siendo aplicable en un todo, al reconocimiento hecho en testamento. Según esto, si de los términos empleados por el testador, aparece clara su voluntad de reconocer aunque no haga uso de palabras formales el reconocimiento es perfectamente válido; la expresión de -lego a mi hijo natural Fulano de tal, la cantidad de tantos pesos- implica, pues, un reconocimiento.

Reconocimiento hecho por confesión judicial, es otra de las maneras que autoriza nuestro Código Civil para hacer el reconocimiento; pero para que se considere válido el reconocimiento hecho en esta forma, es condición indispensable que la confesión sea directa y expresa, lo que quiere decir que debe tener por objeto la filiación y constar en forma tal, que de las mismas palabras que se empleen, aparezca la comprobación del reconocimiento; de aquí que si la pregunta que motiva la confesión no tiene por objeto principal la filiación no se propone de un modo claro y bien expreso obtener una declaración de reconocimiento. la contestación afirmativa que a ella se dé, no podrá interpretarse como una declaración de paternidad o maternidad. Según esto, si en un juicio sobre alimentos, se pregunta que si el absolvente le ha ministrado a su hijo Fulano de tal determinada cantidad por alimentos, la respuesta afirmativa dada a esta pregunta no significará un reconocimiento, supuesto que la confesión así hecha, no reúne las condiciones de ser directa y expresa que requiere la ley.

El reconocimiento es el medio de prueba de la filiación del hijo nacido fuera de matrimonio, por virtud de él, el hijo adquiere la comprobación de que es hijo de tales padres; pero el reconocimiento no crea la filiación, no hace más que declararla; en otros términos, no es atributivo, sino declarativo de la filiación de la persona a quien se aplica; desde el momento en que el hijo viene al mundo, tiene una filiación; pero ésta filiación es legalmente desconocida; el reconocimiento viene a revelarla.

El acta de reconocimiento es para el hijo nacido fuera de matrimonio, lo que el acta de nacimiento es para el hijo de matrimonio; una y otra son el título que acredita la filiación de la persona a que se refieren y como en el caso del acta de nacimiento, la de reconocimiento prueba la filiación de hijo con respecto a todo el mundo. El hijo nacido fuera de matrimonio reconocido puede invocar el título de reconocimiento con relación a cualquier persona, para reclamar los derechos que le da su calidad de hijo y cualquier persona puede fundarse en ese mismo título para exigirle al hijo el cumplimiento de las obligaciones que le impone su estado.

En cuanto a los hijos nacidos después de los 180 días de celebrado el matrimonio, su presunción de legitimidad, es muy fuerte, es casi absoluta. Sin embargo, en el artículo 326 del Código Civil, se estipula que sólo el marido podría impugnar la paternidad demostrando que le fue físicamente imposible tener cópula carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. En tal virtud que una vez acreditada la falta de relación sexual en esos primeros ciento veinte días, queda descartada la posibilidad de que el marido sea el autor del embarazo.

Otro caso en que el marido puede impugnar la paternidad sin necesidad de rendir una prueba directa de la imposibilidad de relación sexual, se refiere al adulterio de la esposa combinado con el ocultamiento del hijo. Según el artículo 326 del Código Civil "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".⁽²²⁾

En el artículo 327 del Código Civil vigente encontramos otro caso que se presenta y es, cuando el hijo nace después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, por muerte del marido, por sentencia definitiva de divorcio o de nulidad.

Este es un caso especial en que cualquiera que tenga interés jurídico y no sólo el marido, podrá impugnar la paternidad, al respecto el artículo 329 del Código Civil dice: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación".⁽²³⁾

Conforme al artículo 345 del Código Civil "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la

²²⁾ *Ibidem*, p. 114.

²³⁾ *Ibidem*, p. 115.

filialión del hijo concebido durante el matrimonio".¹²⁴ De lo que se desprende que, sólo el marido tiene la acción para destruir la presunción de los hijos concebidos durante el matrimonio, que otorga el artículo 324. En cambio, la acción contradictoria de paternidad, respecto del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio, podrá intentarse por toda persona a quien perjudique la filialión.

Estas distintas acciones que puede entablar el marido para negar la paternidad de los hijos nacidos en tales condiciones, según el artículo 330 del Código Civil en vigor, deben ejercitarse en el breve plazo de sesenta días, que se cuentan en condiciones tales de que el marido tenga tiempo suficiente para poder contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio. Corre el plazo de sesenta días si está presente el marido cuando nazca el hijo, a partir de ese momento. Si el marido está fuera del lugar de nacimiento, a partir del día en que regrese y tenga conocimiento del mismo, y si se le ocultó el nacimiento, a partir en que se descubra el fraude.

Acción de reclamación de paternidad, nuestro Código Civil en su artículo 382 señala los casos en que los hijos nacidos fuera de matrimonio tienen permitida la investigación de la paternidad.

En los casos de rapto, estupro o violación. El legislador quiso admitir la investigación de la paternidad en los casos que la ley penal configura como rapto, estupro o violación, habiéndolo prescrito igualmente en el artículo 382 del Código Civil, de lo que se debe entender

¹²⁴ *Ibidem*, p. 119.

que en el caso de raptó, no sólo cuando éste sea violento sino también cuando sea consensual, siendo la mujer menor de edad. Sin embargo, no se requiere que el delito se haya comprobado en la vía penal, cuando la acción penal quede extinguida, podrá no obstante el juez civil, comprobar el hecho delictivo a fin de establecer la paternidad. La comprobación del hecho delictivo es condición para la admisión de la prueba de la paternidad. No se exige así que ésta resulte de presunciones graves o de prueba escrita. Consistirá entonces la prueba de la paternidad en demostrar que la concepción coincide con la época del raptó, estupro o violación. La prueba de la paternidad no es decisiva por las circunstancias de que el hecho delictivo se hubiese cometido en el periodo legal de la concepción determinado por el artículo 382 del ordenamiento citado, precepto legal a que he venido haciendo referencia. La presunción establecida en tal artículo se basa en la protección de la legitimidad. Podrá tal periodo valer como presunción *juris tantum* en favor del reclamante, recayendo por tanto, la prueba en el presunto padre de que la concepción ocurrió en el momento en que había cesado ya entre él y la mujer toda relación.

Además de los tres casos que dejé apuntados con anterioridad y que se encuentran referidos en la fracción I del artículo 382 del Código Civil en vigor, está permitida también la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio según se desprende de las tres últimas fracciones del precepto mencionado. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre, cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente y cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Acción de reclamación de maternidad, para probar la maternidad pueden usarse todos los medios de prueba que para la paternidad, menos cuando está comprendida la mujer dentro de las disposiciones del artículo 385 del Código Civil. "Esta permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a su 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".⁽²⁵⁾ A pesar de lo dispuesto en la parte final del precepto legal antes mencionado, el artículo 386 del Código Civil estipula, que "... el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal".⁽²⁶⁾

Del contenido del artículo 388 del multicitado Código se desprende que "las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad".⁽²⁷⁾

Ahora pasaré a hacer un comentario con relación a la declaración judicial de paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio así como a la investigación de la paternidad de dichos hijos.

²⁵⁾ *Ibidem*, p. 126.

²⁶⁾ *Ibidem*, p. 126.

²⁷⁾ *Ibidem*, p. 127.

Cabe hacer notar tanto el derecho que tiene a reclamar su estado, así como también el de exigir a los padres que cumplan sus deberes con relación a él. A la madre también le asiste en justicia la facultad de reclamar al padre, no sólo el reconocimiento del hijo en la infancia o en la menor edad de éste, sino también los alimentos, gastos y en determinados casos, justas indemnizaciones.

Lo expuesto con anterioridad, es el motivo por el cual todas las legislaciones se ocupan del reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera de matrimonio, así como de la obligación de efectuar ese reconocimiento y en determinados casos de su imposición forzosa. Esto se denomina investigación de la paternidad o investigación de la maternidad, y para poder establecer sobre bases justas y hacer posibles ciertas la obligación es preciso investigar y comprobar los extremos en que ha de apoyarse la correspondiente declaración judicial.

Es de comprenderse con facilidad la gran diferencia que a este respecto media entre el hecho de la paternidad, presumible, oscuro e incierto pero aún no comprobable, y el de la maternidad que puede fácilmente demostrarse y establecerse. Esta importante y esencial diferencia, es la que ha conducido a cantidad de legislaciones, puede decirse que desde la Romana hasta nuestros muy modernos Códigos, a adoptar soluciones en cuanto al padre y a la madre muy diversas, al igual que con los parientes de uno y de otro, en sus relaciones con el hijo nacido fuera de matrimonio, y así se impone tratar separadamente tanto la investigación de la paternidad como la investigación de la maternidad.

Antiguamente en nuestro medio estaba absolutamente prohibida la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, pues éstos estaban excluidos del medio social y sobre todo respecto a los hijos matrimoniales les estaban restringidos sus derechos en absoluto, toda vez que eran vistos como una lacra de la sociedad.

En la actualidad nuestro derecho, al respecto ha adelantado grandemente en virtud de que nuestros legisladores han estipulado que sí puede investigarse la paternidad en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre, como ocurre en el concubinato, dentro de la vida marital bajo el mismo techo, con el trato sexual continuo, se presume que el concubinario es quien engendra a los hijos que tenga la concubina después de los ciento ochenta días que iniciado el concubinato o dentro de los trescientos días siguientes a la fecha en que terminó. Creo prudente hacer la observación que respecto de los presumibles que existen con relación a los hijos resultantes del concubinato, es igual al que existe para los hijos que deben presumirse de matrimonio y que se encuentran estipulados en el artículo 324 del Código Civil vigente.

Respecto a lo estipulado en líneas anteriores, PLANIOL en su tratado práctico de Derecho Civil dice que, "si el sentido del término concubinato debe referirse al hogar Irregular que vive como un matrimonio regular".⁽²⁹⁾

⁽²⁹⁾ PLANIOL Marcelo y RIPERT Jorge: *Op. cit.*, p. 709.

En los casos de raptó, estupro o violación cuando la fecha de esos delitos coincide con la probable de la concepción, hay también un dato que hace presumir la posibilidad humana de que el responsable sea el padre, o también, cuando exista la posesión de estado a través del trato que dé el presunto padre, considerando al hijo de una manera expresa o tácita como suyo, por cuanto que permita que lleve su apellido, lo considere en su familia como su hijo, provea a su educación, subsistencia y establecimiento.

O también, por último cuando haya un principio de prueba, generalmente por escrito, para deducir la paternidad.

En ciertos casos, es posible que exista una prueba escrita y expresa, reconociendo al hijo; pero esta prueba puede ser indirecta, como por ejemplo, insinuar el aborto, y de ese consejo inmoral y delictuoso se desprende que existe interés en que desaparezca aquel ser, por haberlo engendrado. Por lo tanto, la prueba indirecta que se desprende de afrontar los gastos durante el embarazo y el nacimiento o los subsecuentes para el cuidado del hijo, también es un elemento que hace probable la paternidad de unión con otros que el juez estimará.

"Consiste la investigación de la paternidad en la averiguación judicial acerca de a quien pueda atribuirse de manera indubitada la de persona determinada, cuando aparece incierta o desconocida".¹²⁹

¹²⁹ PINA VARA, Rafael de: *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, 7ª ed., México, edit. Porrúa, S. A., 1975, t. I, p. 354.

En nuestro derecho, el artículo 382 del Código Civil, en las cuatro fracciones, en realidad comprende seis casos, en la primera hay tres: raptó, estupro o violación, y ya en las siguientes la posesión de estado, el concubinato, o la existencia de una prueba contra el pretendido padre.

El artículo 383 del Código Civil admite en materia de concubinato las mismas presunciones para el matrimonio y que ya he dejado apuntados con anterioridad "se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos después de los ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina".⁽¹⁰⁾

En el artículo 384 del Código Civil se define la posesión de estado para investigar la paternidad; la cual no requiere los tres elementos clásicos del nombre, trato y fama, pues basta con el trato del presunto padre o de la familia paterna, pero se agrega que este hubiera proveído a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo. Dice así: "la posesión de estado, para los efectos de la fracción II del artículo 382, se justificará demostrando por los medios ordinarios de prueba, que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento".⁽¹¹⁾

⁽¹⁰⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Código Civil...*, Op. cit., p. 126.

⁽¹¹⁾ *Ibíd.*, p. 126.

Por último el artículo 387 del Código Civil expresamente prohíbe que el hecho de dar alimentos al reclamante, que no lo autoriza para de ahí poder investigar la paternidad. Dice así el precepto: "El hecho de dar alimentos no constituye por sí solo prueba, ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas".¹²⁷

De la declaración judicial de maternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio y de la investigación de la maternidad de dichos hijos, con anterioridad expuse los casos a que está limitada la investigación de la paternidad y que se encuentran estipulados en el artículo 382 de nuestro Código Civil vigente. Por el contrario, la investigación de la maternidad es absolutamente libre en principio y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo.

Debo hacer notar que con relación al fenómeno de la maternidad es comprobable, por el contrario, respecto al fenómeno de la paternidad, ésta sólo es presumible.

En nuestro derecho, sólo se impone una limitación para investigar la maternidad, o sea, cuando se pretende imputar al hijo a una mujer casada. Cuando el marido hubiese desconocido al hijo y existiere sentencia que declare la ilegitimidad del hijo, si podrá investigarse la maternidad respecto a la mujer casada, porque debido a la impugnación que llevó a cabo el marido quedó desconocida la presunción que establece que los hijos de la mujer casada, salvo prueba en contrario, se consideran hijos de su marido. Los artículos 360, 385 y 386 de nuestro

¹²⁷ *Ibidem*, p. 127.

Código Civil reconocen estos principios para la libre investigación de la maternidad. Dicen así: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad".⁽³³⁾ "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".⁽³⁴⁾ "No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal".⁽³⁵⁾ La sentencia civil a la que se refiere este último precepto, es la impugnación de la paternidad del hijo por parte del marido. La sentencia criminal es la de adulterio de la mujer casada, para que exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio.

Estas acciones de investigación de la paternidad y de la maternidad, en principio sólo pueden intentarse en vida de los padres; pero si hubiesen fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos podrán intentar la acción dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad.

Dice al respecto el artículo 388 del Código Civil "Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres.

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 121.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*, p. 126.

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, p. 126.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derechos de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad".⁽⁹⁰⁾

IV.3 La presunción de paternidad matrimonial en los casos de fecundación artificial entre cónyuges.

Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad. En ambos casos se presume, como tendrá que hacerse siempre en la paternidad a falta de pruebas directas, que el marido o el concubinario es el padre del nacido por haberlo concebido. Se parte del nacimiento para considerar hijos del matrimonio, o del concubinato, aquéllos que hubieren nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio o comienzo del concubinato, los nacidos dentro de los 300 días después de disuelto el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad, o cese la vida en común en el concubinato, artículos 324 y 383 Código Civil.

La paternidad y la maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, es decir, de la relación jurídica paterno filial. No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones.

⁽⁹⁰⁾ *Ibíd.*, p. 127.

La diferencia en cuanto a la prueba entre maternidad y paternidad nos obliga a estudiarlos separadamente. Pero existe un principio en el sentido de que paternidad y maternidad en el matrimonio son indivisibles. Es decir, no es posible ser hijo de una mujer sin serlo también de su marido. Este principio se hace extensivo a los concubinos en los términos del artículo 383 del Código Civil.

Es conveniente precisar hasta dónde la reglamentación actual puede responder a situaciones que se plantean por la concepción artificial. La situación como se ha dicho, puede referirse a los progenitores, a la filiación y a las sucesiones.

En relación a los consortes, debe precisarse que la fecundación artificial sólo podrá realizarse con el consentimiento de ambos, en los términos y condiciones que para tal efecto fijen las leyes de la materia, con lo cual se remite a los interesados a la Ley General de Salud, que es la más adecuada para la aplicación de estos métodos.

Las posibilidades que pueden darse cuando la concepción artificial se hace habiendo matrimonio son: la que se efectúa con elementos del matrimonio; la que se efectúa con elemento masculino extraño; la que se efectúa con elemento femenino extraño; y, por último, cuando ambos elementos son extraños pero implantados en la esposa.

Desde el punto de vista de nuestra legislación positiva no existe obstáculo alguno y los hijos habidos se consideran de matrimonio, toda vez que la concepción se hace con elementos

de ambos y ésta ocurre durante el matrimonio. Sin embargo, conviene la celebración de un contrato para garantizar la obligación del padre, en los casos de impotencia del varón, para imposibilitarlo a desconocer al hijo que se procreó por medios artificiales, o también para impedir el desconocimiento por argumentarse haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, artículo 325 del Código Civil, o por el adulterio de su mujer en la situación prevista en el artículo 326 del Código Civil.

El que haya contrato de por medio evita la aplicación de los artículos 325 y 326 del Código Civil.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos por inseminación artificial homóloga, se encuentran amparados por el Derecho Civil y por lo tanto, deben ser considerados como hijos nacidos de matrimonio, en virtud de que existe matrimonio y de que las células germinales utilizadas son de los cónyuges.

Aunque el procedimiento de la inseminación artificial homóloga, sea distinto del natural, el efecto que se busca en ambos casos es el mismo: la fecundación del óvulo por el espermatozoide dentro de la madre y el nacimiento de un niño. Al ser el efecto el mismo, los hijos nacidos vía inseminación artificial son amparados por el título séptimo -de la paternidad y filiación- del Código Civil y serán considerados hijos nacidos de matrimonio cuando cumplan los requisitos establecidos por dicho título.

IV.4 El conflicto de la presunción de la paternidad en casos de fecundación artificial entre sujetos distintos al matrimonio.

En la técnica de inseminación artificial heteróloga, la cual consiste en fecundar un óvulo con semen de un donante, el problema que se plantea es determinar ¿quién es el padre?

En cuanto a la filiación de los hijos, producto de inseminación heteróloga, éstos deben ser considerados como hijos nacidos de matrimonio, siempre y cuando, el marido y la mujer, conjuntamente, expresen por escrito su consentimiento de llevarla a cabo.

La impugnación de la paternidad del hijo no podrá ser sostenible en el solo hecho de la inseminación, si el cónyuge al otorgar su consentimiento se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales, pero sí podrá impugnar la paternidad por otras causas distintas de la inseminación como pueden ser: engaños, violencia, etc. Por su parte el donante, que siempre deberá ser anónimo, no tendrá derecho alguno sobre el hijo y no podrá reclamar la paternidad del mismo.

Se deberá permitir la inseminación heteróloga en la concubina con los mismos requisitos que para el matrimonio. El hijo será considerado hijo nacido de matrimonio.

La transferencia intrafalopio del gameto, consiste en depositar las células germinales dentro de las trompas de falopio con el propósito de que se efectúe la fecundación de manera natural.

Considero que con éste método lo que se busca es auxiliar a las parejas con problemas para procrear hijos y su práctica no resulta contraria a la ley.

Los hijos nacidos bajo esta técnica, sea con células germinales de ambos cónyuges, de un cónyuge o de un donante o ambas de donante, deben ser considerados como hijos nacidos de matrimonio, si ambos cónyuges manifestaron conjuntamente por escrito su voluntad de someterse a dicho proceso.

La donación de gametos femeninos debe hacerse inmediatamente que se haya obtenido toda vez que no pueden ser congelados como sucede con los masculinos.

La fecundación *in vitro*, -como ya se vio- consiste en la obtención de un óvulo maduro, su fertilización y cultivo del cigoto y la implantación del preembrión en la cavidad uterina.

El artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, establece -entre otras cosas- que la fertilización asistida incluye la fertilización *in vitro*.

Este artículo permite la práctica de la fecundación *in vitro*, su problema es que no la define, ni establece los procedimientos para llevarla a cabo. Pienso, que el permitir la práctica de ésta técnica, sin que exista una regulación específica para ella, es un grave error del legislador, ya que no prevé los problemas jurídicos que la misma acarrea y que serán planteados a continuación.

La Ley General de Salud en su artículo 262 fracción III establece que Agentes de Diagnóstico son todos los insumos incluyendo ... medios de cultivo... que puedan utilizarse como auxiliar de otros procedimientos clínicos o paraclínicos.

El artículo que precede, permite los medios de cultivo, sin delimitar el alcance de los mismos. De ahí que se permita la práctica de la fecundación *in vitro*, ya que ésta, una vez fecundados el óvulo y el espermatozoide, necesita de un medio de cultivo, para mantener vivo al embrión, con el fin de ser posteriormente implantado en la mujer. Considero, que el permitir medios de cultivo donde se mantengan vivos preembriones, es una contradicción del Derecho Mexicano, y un atentado contra la vida, ya que por un lado se permite la fecundación *in vitro*, y por otro se protege al concebido, artículo 22 del Código Civil, siendo la concepción la unión de óvulo y espermatozoide.

La misma ley, pero en su artículo 376 señala que requieren registro sanitario... los agentes de diagnóstico... El registro sólo podrá ser otorgado por la Secretaría de Salud y será por tiempo indeterminado, sin perjuicio de que puedan ser revisados por la autoridad sanitaria.

Considero que es bueno que se exija un registro para los medios de cultivo, pero que en el caso de la fecundación *in vitro*, no se deben permitir, ya que atentan contra la vida, pues al ser implantados mueren muchos embriones que se encuentran protegidos por la ley, y que tienen derecho a nacer.

Por su parte el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, señala que "las investigaciones sobre fertilización asistida sólo serán admisibles cuando se apliquen a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera...".

Estoy de acuerdo con el artículo que precede, cuando se trata de inseminación artificial, más no estoy de acuerdo con que se permita la práctica de la fecundación *in vitro* como una solución a los problemas de esterilidad, ya que en dicha técnica, la fecundación se hace de manera artificial en un medio de cultivo *ad hoc* y al momento de que son implantados menos del 20% "pegan", por lo que se están matando a los demás embriones y el Derecho no puede permitir y regular la práctica de una técnica que atente contra la vida.

El artículo 22 del Código Civil establece: "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".¹⁷⁾

¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 39

El artículo que precede, protege a todo individuo desde el momento de la concepción, ya que desde ella se le tiene por nacido al concebido, y por lo tanto es persona. La concepción - dentro o fuera de la mujer- es el producto que resulta de la unión de óvulo y espermatozoide.

La afirmación que hace el artículo 22 de que al concebido se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código, hace al concebido persona. El problema es que para el Código Civil sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

El ciclo vital de todo ser humano comienza con la concepción o fecundación del óvulo por el espermatozoide. Es indudable, que con la fusión del óvulo y espermatozoide surge una nueva vida. Que ésta nueva vida, posee, en sí misma, todas las características necesarias para desarrollarse por sí sola, y que es independiente y distinta de las demás. Por lo tanto, puede decirse que desde el momento de la fecundación existe una nueva vida, aún y cuando, ésta requiera de otro ser para vivir.

Es el caso, que en la práctica de la fecundación *in vitro* se permite la muerte del producto de la concepción, ya que al momento de transferir los embriones al cuerpo de la mujer; muchos mueren, y esto no lo permite el artículo 22 del Código Civil. El problema, es que no existe ley que sancione dicha práctica.

Por su parte el artículo 329 del Código Penal establece: Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

El artículo anterior, no protege al producto de la concepción que muere en la práctica de la fecundación *in vitro*, ya que dicho artículo sólo protege al producto, cuando el mismo queda implantado en la mujer, comenzando el periodo de preñez.

Me pregunto: ¿Cómo puede permitir el Derecho Mexicano la fecundación *in vitro*, si ésta lleva consigo la pérdida de muchas vidas? ¿O es que el Derecho Mexicano no protege al concebido? ¿Qué protección les da el Derecho a los preembriones que no llegan a utilizarse y que mueren al momento de ser implantados? Pienso que estas son sólo algunas de las preguntas que nos debemos plantear en torno a la fecundación *in vitro*.

Es el caso, que en la fecundación *in vitro*, menos del 20% de los individuos concebidos llegan a quedar implantados en la cavidad uterina, quedando más del 80% restante sin vida y sin una protección real del Derecho Mexicano, en virtud de que éste último, permite la práctica de la fecundación *in vitro*.

El Derecho, no puede permitir la práctica de técnicas que tengan como resultado la muerte del concebido, pues iría en contra de la naturaleza humana, por lo que es necesario ampliar el concepto de aborto previsto en el artículo 329 del Código Penal, a todo concebido, sin que sea condición necesaria para que su muerte sea considerada como aborto, que el

producto quede implantado, por ello, insisto en la necesidad de reformar el artículo 329 del Código Penal.

Además, se puede utilizar la transferencia intrafalopio de gameto, como una alternativa para eliminar la fecundación *in vitro*, ya que en ambas técnicas se introducen las células germinales dentro de los ovarios de la mujer. La diferencia radica en que en la **Transferencia** intrafalopio de gameto no se fecundan el óvulo y el espermatozoide fuera, sino que se introducen al mismo tiempo con el fin de que la fecundación se produzca de manera natural, evitando así - como sucede en la fecundación *in vitro*- la muerte de muchos seres humanos.

Por lo tanto, y de acuerdo a lo anterior, la fecundación *in vitro*, está prohibida por el Derecho Mexicano, ya que todo individuo desde que es concebido, queda protegido por los artículos 22 del Código Civil y 329 del Código Penal. Por lo que todos los preembriones que son muertos -al momento de querer implantarlos- en la práctica de la fecundación *in vitro*, se encuentran protegidos por el Derecho Mexicano, y por lo tanto, serán responsables del delito de aborto, todas las personas que intervinieron en la fecundación *in vitro* y dieron muerte al preembrión.

En la tranferencia intrafalopio de cigoto, se debe prohibir la práctica, considerando que la única diferencia entre ésta técnica y la fecundación *in vitro* es que en la primera se la implantación se efectúa de manera inmediata, mientras que en la segunda se cultiva por varios días y luego se implanta. Ambas técnicas implican la muerte de individuos concebidos.

La transferencia de embriones -que ya vimos- consiste en inseminar artificialmente a una mujer, y recolectar del útero de la misma, el huevo o huevos fecundados, para que sean reimplantados en otra mujer.

El problema es que en la utilización de ésta técnica menos del 17% de las transferencias llegan a quedar implantadas, quedando sin vida menos del 83% de los embriones transferidos.

La práctica de esta técnica, debe ser prohibida por el Derecho Mexicano, en virtud, de que es contraria a la ley, y debe ser prohibida por las mismas razones y de la misma manera, que la fecundación *in vitro*.

Madre subrogada o sustituta, es aquella que gesta al niño por otra persona y ha aceptado, antes del embarazo, el entregar al niño cuando nace.

Las células germinales utilizadas pueden ser: de los cónyuges que contratan, del esposo y de la madre gestante, del esposo y de mujer donante, de la esposa y de un donante, de la madre gestante y de donante, o ambas de donante.

Si se lleva a cabo la sustitución, generalmente implica algún pago para la madre que lleva el embarazo. El pago puede consistir en un suma de dinero, o en el reembolso de los gastos, o en el reembolso de los gastos y una taza substancial.

Actualmente existen varias agencias en Estados Unidos de Norteamérica, y se dice que en Gran Bretaña operan también algunas, que se dedican a la comercialización de madres sustitutas.

La validez y efectividad de los convenios de sustitución de conformidad con el Derecho Mexicano es dudosa, porque lo que se busca es transferir la propiedad o posesión de los fetos o niños y esto no es posible ya que los fetos y los niños no son bienes que se encuentren dentro del comercio, dada su naturaleza, y por lo tanto, el contrato es inexistente, ya que no se perfecciona al no existir objeto jurídicamente posible.

Su efectividad resulta limitada, ya que es muy difícil que los tribunales competentes obligaran a la madre gestante a entregar al niño en contra de su voluntad.

Sin embargo, dichos contratos serán válidos y efectivos si, al momento de la entrega se le da la opción a la madre gestante, de quedarse con el niño, o bien ceder sus derechos de patria potestad y darlo en adopción a las personas que lo contrataron, con la obligación por parte de éstos, de quedarse con el niño. Lo que busco con esto, es evitar conflictos futuros, como el caso, de que el niño nazca con deformaciones, y ninguna de las partes lo quiera. Otro requisito es que la madre sustituta no obtenga un beneficio económico por prestar su cuerpo, sino que tan sólo tenga derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados durante el embarazo y a causa del mismo. También tiene derecho a que se le pague cierta cantidad de dinero, si la misma como consecuencia del embarazo dejó de trabajar y de percibir un ingreso.

En caso de que la madre sustituta decida quedarse con el niño deberá reembolsar con el interés legal los gastos efectuados por los que la contrataron, así como la cantidad de dinero que se le entregue en compensación a su ingreso.

La filiación del niño, dependerá de quien se lo tome bajo su cuidado. Si la madre gestante desea conservarlo, entonces ella será la madre legal, y si estuviere casada, su cónyuge será el padre legal, siempre y cuando, éste haya dado su consentimiento, para que se realizara el contrato, y el niño será considerado hijo de matrimonio. Si la madre sustituta, lo entrega, entonces deberá mediar un contrato de adopción, entre los contratantes, quedando como padre o padres legales aquéllos a quien se les dé en adopción. Los donantes, no tendrán derecho alguno sobre el niño.

Quedará prohibido, utilizar la técnica de la fecundación *in vitro*, la transferencia intrafalopio del cigoto y en las que la fecundación se efectúe fuera de la mujer, en los contratos de madre sustituta. Por lo que los únicos métodos aceptados serán la inseminación artificial y la transferencia intrafalopio de gametos, siempre que los que contrataron no puedan procrear hijos por medio de una relación sexual.

En México, los Bancos de semen están permitidos, toda vez que no se encuentran prohibidos. Además, el artículo 30 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, establece

que los Bancos de órganos tejidos y sus componentes podrán ser de... XIII. Los demás que autorice la Secretaría.

Este artículo, deja abierta la posibilidad de que en México se autoricen los Bancos de semen, los cuales, serán regulados de la misma manera que los demás bancos existentes. El semen podrá congelarse, conservarse y depositarse en los Bancos autorizados.

No se podrá autorizar la congelación de óvulos, ya que se ha comprobado, que los mismos pierden partes esenciales, en el proceso de congelación y descongelación. Deberá prohibirse el almacenamiento de embriones, con cualquier fin. Esto, en virtud, de que no se permite la fecundación *in vitro*, que es la técnica que utiliza la congelación de embriones, y por lo tanto, no existe motivo alguno, por el que se deba permitir la congelación de embriones.

En caso de que muera la persona que depositó el semen, éste, pasará a propiedad del Banco, y deberá ser donado, a la primera persona que solicite al Banco de semen de un tercero, salvo que el depositante establezca otra cosa.

En la actualidad, el proceso de congelación más utilizado, consiste en envasar el semen en tubitos finos de 2 mm de diámetro, sometiéndolos directamente a los vapores de nitrógeno líquido durante 37 min., sumergiéndolos a continuación en dicho líquido y conservándolos en nitrógeno líquido (-196 grados centígrados) hasta el momento del uso, y se descongela en solución fisiológica a +38 grados centígrados.

La fecundación Post-mortem, consiste en inseminar artificialmente a una mujer, con semen congelado de su marido, después del fallecimiento del mismo.

Sin embargo, debemos tener en cuenta lo referente a la inseminación artificial que es una posibilidad en nuestros días. Se dan situaciones especiales, por ejemplo, respecto del hijo concebido con semen del marido después de muerto éste, ¿cómo opera la presunción del artículo 324 fracción II del Código Civil?. En el caso de imposibilidad de acceso carnal por lejanía de los consortes, se puede dar el caso de concebir la madre al recibir el semen de su cónyuge, ¿cómo opera la excepción contenida en el artículo 325 del Código Civil, de la cual se dice es la única para contradecir la presunción de la paternidad? ¿Cómo resolver el caso del impotente, pero no estéril, que hace concebir a su mujer con su semen? En relación a la inseminación heteróloga, ¿quién será el padre: el marido o el donador? Los avances de la genética ya permiten precisar la paternidad.

El Derecho Mexicano, permite la fecundación post-mortem, en virtud, de que no la prohíbe. Considero, que es necesario regularla, con el fin de determinar a quien pertenece el semen, y que calidad tienen los hijos nacidos de ella.

Se deberá permitir, sólo en el caso de que el cónyuge difunto haya manifestado expresamente, que en caso de fallecer, el semen depositado, podrá ser utilizado para inseminar a su esposa, si ésta lo requiere. En caso de que el esposo no haga esta manifestación, o de que la mujer no lo quiera, el semen pasará a ser propiedad del Banco.

Los niños nacidos producto de esta técnica, serán considerados como hijos de la madre, y no tendrán derecho alguno sobre la herencia del *de cuius*.

En relación a la filiación de hijos nacidos de matrimonio podría agregarse un artículo que haciendo referencia a los artículos 325 y 326, expresara: "No obstante lo dispuesto en los artículos que preceden, este desconocimiento no es admisible si se acredita, por cualquier medio de prueba, que el hijo fue concebido como consecuencia de fecundación artificial con semen del marido".⁶⁰

En las sucesiones debe tomarse en cuenta lo relativo a la inseminación después de muerto alguno de los consortes, o concubinos.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 114.

CAPITULO V

V. CONSIDERACIONES JURIDICAS EN TORNO A LOS MEDIOS DE FECUNDACION ARTIFICIAL

El Código Civil vigente fue publicado en 1928, fecha en que de manera experimental se llevaba a cabo la práctica de la inseminación artificial. Como se observa, en el Código no se incluyen disposiciones al respecto, ya que los redactores del mismo probablemente desconocían sobre la materia y sus diversas implicaciones. En cambio ahora, se utiliza con mayor frecuencia y no dudo que en el futuro se siga extendiendo su empleo. De lo que se desprende la necesidad de que las autoridades y los estudiosos de la medicina, la genética, el derecho, la filosofía, etc., elaboren trabajos que permitan reglamentar el uso y aplicación de estos procedimientos.

En nuestro derecho, la concepción del ser, se toma en cuenta para la determinación de los hijos en matrimonio y los nacidos fuera de matrimonio.

Como hasta ahora hemos visto, la filiación se determina conforme a la situación jurídica en que se hallan los padres en el momento de la concepción del hijo. Sin embargo, también el hecho del nacimiento nos permite determinar la probable fecha de la concepción. Para la determinación de la paternidad y maternidad siempre se hace referencia a la concepción.

Así, en la ley encontramos un período legal de concepción que corresponde a los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento. Sin embargo, debemos tener en cuenta lo referente a la inseminación artificial que es una posibilidad en nuestros días. Por lo que se dan situaciones especiales, por ejemplo: respecto del hijo concebido con semen del marido después de muerto éste, ¿cómo opera la presunción del artículo 324 fracción II del Código Civil?

Con relación al acceso carnal, con las nuevas técnicas como hemos visto ya no es hecho único para lograr la concepción, se puede dar el caso de hacer concebir a la madre al recibir el semen de su cónyuge ausente, y éste posteriormente se arrepiente ¿podrá invocar el artículo 325 del Código Civil del cual se dice es la única excepción para contradecir la presunción de paternidad?, ¿podrá ampararse al beneficio que contempla el artículo 326 del Código Civil para desconocer al hijo?

En cuanto al tema relacionado con la sucesión, debemos considerar los artículos 1368 y 1602, en sus respectivas fracciones, los cuales disponen:

"El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;...".⁽¹⁾

El artículo 1602 establece: "Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y la concubina o el concubinario...".⁽²⁾

Ahora bien; pensemos en un matrimonio sin hijos, en que ambos consienten en utilizar la inseminación heteróloga, posteriormente el marido se convierte de infecundo en un hombre totalmente apto para fecundar a su esposa, y sobrevienen hijos de ambos; ¿podrá el padre al otorgar testamento desconocer al hijo habido por medio de la fecundación artificial?. Para el caso de la sucesión legítima ¿podrán los hijos biológicos alegar que la herencia es del padre y no de la madre y de este modo desconocer a su medio hermano?

Considero que debería incorporarse reglamentación en el Código Civil relacionada con la materia matrimonial, en cuanto a la filiación y las sucesiones. También parece conveniente estudiar la posibilidad de adicionar algunos delitos, por la violación de la honestidad corporal de la mujer cuando se le fecunde contra su voluntad, o por la ilicitud que significa hacer concebir a una mujer artificialmente ocultándolo al marido o sin el consentimiento de éste; o

⁽¹⁾ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS: *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal*, México, edit. Andrade, S.A., p. 388.

⁽²⁾ *Ibidem*, p. 429.

bien porque el marido aporte su semen para fecundar a mujeres extrañas, que implica una ofensa para la cónyuge. En este aspecto debe determinarse la responsabilidad de los sujetos que pueden ser el varón o la mujer, el médico que realiza la inseminación y el tercer interesado en la fecundación de la mujer, o sólo los dos últimos.

Tanto la inseminación natural como la fecundación artificial son actos jurídicos del Derecho familiar, por lo que conviene estudiar lo relativo a los elementos esenciales y de validez. Es un acto jurídico toda vez que la relación sexual se genera de un acto jurídico llamado matrimonio, cuyo objeto es la convivencia íntima de vida, incluyendo en la actualidad la figura del concubinato. La inseminación natural es consecuencia de éste. No sucede lo mismo con la inseminación artificial ya que se recurre a medios externos, como es la colaboración del médico; en la inseminación heteróloga intervienen adicionalmente o un donador (semen) o una donadora (óvulo).

Podemos hablar de que se trata de un contrato plurilateral en el que intervienen los consortes y el médico que realiza la operación y quien debe haber verificado que se hayan reunido los requisitos legales y médicos necesarios.

La participación de los cónyuges tiene por objeto constituir una relación jurídica que genere deberes, derechos y obligaciones paterno-filiales, la firma del contrato debe producir consecuencias irrevocables por tratarse de la filiación.

Deberá acreditarse médicamente que los cónyuges no pueden tener hijos en forma natural, no importando que ya los hubieren tenido con anterioridad, pues se trata de la voluntad de ambos de procrear un nuevo hijo.

El médico debe dar las constancias necesarias de la imposibilidad de procrear por medios naturales, realizar la operación, cumpliendo las disposiciones legales aplicables en materia de salud y guardar el secreto profesional. Tiene la responsabilidad de asegurarse de las condiciones del semen.

Se requerirá que se considere un acto jurídico formal, para lo cual se hará en forma escrita, con la firma y huella digital de las partes, con la huella digital se ratifica, o corrobora el consentimiento que se hace manifiesto con la firma, para de esta forma evitar el desconocimiento de la firma, para evitar la intervención de terceras personas para dar validez al contrato, pues considero que es un acto que debe conservarse en la intimidad conyugal y en el secreto profesional del médico.

El contrato, además de ser plurilateral, debe ser de naturaleza irrevocable, antes de efectuada la operación puede haber revocación del marido o de la mujer, lo cual debe hacerse en forma fehaciente y por escrito.

Su objeto es crear una relación jurídica paterno-filial, con los correspondientes deberes jurídicos personales y las obligaciones y derechos patrimoniales, económicos y la obligación y

responsabilidad del médico que participa en la operación de inseminación o implantación del óvulo fecundado.

En relación a los elementos esenciales debe existir el consentimiento, en cuanto a la mujer, la expresión del consentimiento la obliga a someterse a la práctica de la inseminación artificial, sin embargo antes de efectuado podrá negarse y revocar su consentimiento.

En relación al marido, éste debe prestar su consentimiento para la inseminación; también puede haber revocación hasta antes de la operación; una vez efectuada quedará obligado como padre de la criatura, pues se estimará al hijo que nazca como habido de matrimonio, toda vez que la paternidad del padre no es posible probarla por medios directos.

En cuanto al médico, deberá realizar la operación de acuerdo con la técnica médica aplicable al caso, para lo cual se tendrá que regular en la Ley General de Salud; queda obligado a conservar el secreto profesional.

En relación a los elementos de validez se seguirán las reglas generales en cuanto a la capacidad, vicios del consentimiento, objeto, motivos lícitos y la forma del contrato; el cual además deberá contener que sólo podrá ser celebrado por quienes estuvieren casados o unidos en concubinato; deberán exigirse exámenes de salud física y psíquica de ambos consortes; así como la seguridad jurídica respecto del semen, en relación al cual deberá cumplirse con las exigencias de la Ley General de Salud.

La Ley General de Salud deberá ser revisada, actualizada y aumentada en cuanto a su reglamentación referente a las disposiciones de partes del cuerpo, consistente en órganos y tejidos. Deben tomarse en cuenta al marido y la esposa, así como al médico responsable de la inseminación.

Deberá legislarse sobre los Bancos de semen, estipulándose que la identidad del donante debe ser mantenida en secreto, sólo el Banco bajo su responsabilidad, podrá conservar la posibilidad de identificación, para posibles consultas sobre aspectos genéticos o enfermedades. Se deberá conservar el secreto de en que mujer fue usado el semen.

V.1 La experimentación y tráfico de embriones.

El Código Civil en su artículo 22 establece respecto a la adquisición de la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento, no obstante ésto, la vida de un ser humano se encuentra protegida desde el momento en que es concebido.

Como se expuso, la utilización de la técnica de la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, traen como consecuencia embriones sobrantes, los cuales en ocasiones son empleados para la investigación o comercialización y en algunos casos son congelados quedando al arbitrio de quien los conserve.

De acuerdo con lo expuesto en el artículo 22 del mencionado ordenamiento, considero que la investigación con embriones humanos debe tenerse como un ilícito, ya que desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide queda determinada la individualidad genética del nuevo ser.

Los experimentos que se puedan realizar no se hacen sobre objetos inanimados, ni con animales propiamente, sino con seres humanos que merecen todo el respeto y protección, aún cuando se realicen con fines eugenésicos, los cuales tienen como principal finalidad la aplicación de los avances biológicos en cuanto a la herencia para el perfeccionamiento de la especie humana, considero que el llevarlos a cabo contradice la finalidad de la misma al tratar al ser humano como un "conejo de indias", olvidándose de su dignidad, de su razón y libertad.

La sanción que se establezca para los que experimenten o trafiquen con embriones humanos deberá ser aplicada a todos los que intervengan en el procedimiento.

V.2 *El racismo.*

Como hemos visto durante la exposición del tema de la inseminación artificial y todas sus posibles variantes, la posibilidad de dar vida a un nuevo ser ya no está sujeta a la naturaleza sino que actualmente el hombre ha logrado intervenir en ésta.

La tendencia a valorar una raza humana por encima de las demás sería como sostener que hay razas superiores e inferiores, daría como resultado el racismo el cual conduce a la discriminación racial.

Con lo expuesto durante el desarrollo de este trabajo hemos podido darnos cuenta de lo fácil que resulta en la actualidad la intervención sobre la creación de vida, que en aras del avance de la ciencia los descubrimientos sobre la fecundación artificial han presentado diferentes modalidades así como igual o más número de dificultades, y una de tantas es el que se llegara a la discriminación de razas, no podemos aceptar que se tenga una tendencia a valorar una raza humana por encima de las demás.

La posibilidad de que en los Bancos de semen se exija que los donantes reúnan ciertas características de raza propiciaría el racismo que es denigrante.

Por otra parte, no se debe permitir la investigación o experimentación sobre embriones humanos o aún más, manipular el material genético.

V.3 La clonación.

La clonación es la producción de dos o más seres genéticamente idénticos tal y como sucede con los embarazos gemelares donde se produce una clonación natural.

La clonación no debe permitirse, así como diversas técnicas similares capaces de producir personas completamente idénticas o la producción de un ser humano en el laboratorio para experimentación lo que traería consigo la devaluación de la dignidad del ser humano.

En lo personal, considero que la presente investigación debe ser una semilla de aportación para la investigación jurídica, ya que en la materia a estudio, nuestra legislación adolece totalmente de fundamentos reguladores.

Por lo tanto, es nuestro deseo que en efecto se actualice en esta materia el legislador mexicano, pues ante los hechos evidentes, el Derecho debe aparecer iluminando con normas jurídicas aplicables al caso, este camino en el cual actualmente no existe una luz propia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si bien es cierto que la familia es la base fundamental de la organización social y jurídica de nuestro país, el matrimonio, la procreación y la adopción son las formas de constitución de la familia, tendiendo todas ellas a la perpetuación de esta institución por medio de la filiación. El matrimonio es la forma por excelencia de la constitución de la familia y debe ser fomentado por el Estado.

Nuestro país ha estado regido, en materia de filiación, por diversas normas, tanto extranjeras, como nacionales inspiradas en ordenamientos de otras naciones, que a partir de la época colonial hasta antes de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, establecieron diferencias discriminatorias de trato jurídico y designación de los denominados hijos ilegítimos y las correspondientes subdivisiones que de ellos se hicieron, respecto de los llamados hijos legítimos.

SEGUNDA.- A partir de la mencionada ley de 1917, por la influencia ideológica de la Revolución Mexicana, se ha procurado suprimir por nuestro legislador a la discriminación antes señalada y, en esta misma ley, aparece por primera vez en el Derecho positivo mexicano la filiación adoptiva.

Para nuestro Código Civil vigente, todos los hijos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de él, es de tal forma que las

anteriores clasificaciones de hijos naturales, espurios, adulterinos, incestuosos, nefarios, sacrilegos, manceres, etc., no tienen efecto discriminatorio alguno ni en los personal ni en los patrimonial.

TERCERA.- De acuerdo con lo que pretende el Código Civil, deben suprimirse y así lo propongo las denominaciones que aún se conservan, haciendo referencia al hijo *adulterino* que se menciona en el artículo 62, al *incestuoso* del artículo 64, y al *natural* de los artículos 77 y 78. Sustituyendo estas acepciones por las más adecuadas al espíritu de dicho Código y normar expresamente como única distinción entre ellos las denominaciones de hijos nacidos dentro del matrimonio o hijos nacidos fuera de él.

CUARTA.- Debe conservarse la adopción y la filiación que de ella deriva en nuestro sistema jurídico, en razón de que en los términos en que nuestro Código Civil regula esa institución, aparecen las posibilidades de que en muchos casos se efectúe la adopción en beneficio del desvalido.

QUINTA.- Referente al tema de la inseminación artificial, la legislación mexicana requiere crear una legislación especial para regular las técnicas que se utilicen.

La Ley General de Salud debe reformarse agregando un capítulo donde se regule la práctica de las técnicas de fecundación artificial; en el que se establezcan en cuanto a los aspectos técnicos: la definición de términos, la forma en que se deberán hacer las

investigaciones, las instituciones autorizadas por el Estado (públicas o privadas) que cuenten con los elementos necesarios tanto humanos, científicos y tecnológicos para llevar a cabo estas prácticas.

SEXTA.- Aun cuando en la Ley General de Salud en forma vaga y somera se pretende regular nuestro tema a estudio deberá expedir un reglamento para los Bancos y centros autorizados, con el fin de regular de manera clara y específica los procedimientos médicos y de trámite a seguir.

La donación de gametos, de donante al Banco o Banco a solicitantes, debe ser un contrato por escrito, gratuito y secreto entre las partes.

Los donantes deben ser sujetos mayores de edad, en perfecto estado de salud de acuerdo con los exámenes médicos practicados y con plena capacidad de ejercicio.

SEPTIMA.- Por lo mismo, en mi opinión las únicas técnicas que se deben permitir son la inseminación artificial y el traslado intrafalopio del gameto, todas las demás deben ser prohibidas, en virtud de que el individuo queda protegido desde el momento de la concepción, aún cuando se realice fuera de la madre.

Igualmente, propongo que la fecundación post-mortem sea permitida si el cónyuge difunto manifestó expresamente su consentimiento para que se lleve a cabo.

OCTAVA.- El consentimiento debe ser ratificado ante juez o notario con el fin de que los usuarios asimilen la importancia del acto.

NOVENA.- Los contratos de sustitución se deben permitir sólo cuando la pareja no pueda procrear hijos a través de una relación sexual o de una de las técnicas permitidas. Serán válidos sólo cuando sean gratuitos y se le dé la opción a la madre gestante de quedarse con el niño, pero si ésta no lo desea, entonces lo deberá dar en adopción a los que la contrataron.

DECIMA.- Se deben tipificar perfectamene en nuestra legislación penal, las conductas delictivas que la práctica de los medios de fecundación artificial pueden producir.

Se debe reformar el artículo 329 del Código Penal, con el fin de que el concepto de aborto previsto en él, se amplíe al concebido fuera de la madre, para quedar como sigue: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, así como la destrucción del embrión que se conserva en el laboratorio para los casos de inseminación artificial".

DECIMA PRIMERA.- Se debe establecer con precisión en nuestro Código Civil que la vida se inicia desde el momento preciso de la concepción y que desde ese preciso momento se protege al nuevo ser vivo, esté en el lugar en que esté y sea cual sea su grado de desarrollo.

Asimismo dentro de la legislación civil se debe contemplar el régimen jurídico al que estará sujeto el concebido por vías no naturales, regulando las consecuencias jurídicas que implica la práctica de estos métodos de fertilización, tales como derechos filiatorios, hereditarios, de alimentos, etc.

DECIMA SEGUNDA.- Los niños nacidos vía homóloga deben ser considerados como hijos nacidos de matrimonio.

Los niños nacidos vía heteróloga, son hijos de la mujer que da a luz y de quien lo reconozca como hijo suyo. Pero si la mujer es casada y el cónyuge dio su consentimiento, entonces el niño es considerado como hijo nacido de matrimonio.

DECIMA TERCERA.- Por el contrario, el desconocimiento de la paternidad sólo es admisible cuando el consentimiento no ha sido otorgado o ratificado y cuando se utilice para la práctica de la técnica violencia, dolo o engaño.

DECIMO CUARTA.- En todos los casos, la práctica de los medios de fecundación asistida debe ser autorizada y vigilada por el organismo creado por el Estado, el cual contará con la capacitación y juicio necesario para que no se realicen de manera indiscriminada, poniendo en peligro la dignidad y el bienestar de la especie humana.

BIBLIOGRAFIA

1. **DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL**
Castán Tobeñas José
Sexta edición
Reus
Madrid 1936.
2. **DERECHO CIVIL COMUN ESPAÑOL**
De Buen Demófilo
Primera edición
Edit. Reus
México 1922.
3. **LA CIUDAD ANTIGUA**
De Coulanges Fustel
Trad. M. Ciges Aparicio
Segunda edición
Edit. Madrid
Madrid, España, 1931.
4. **LA FAMILIA EN EL DERECHO. RELACIONES JURIDICAS PATERNO FILIALES**
Chávez Ascencia Manuel F.
Segunda edición
Edit. Porrúa, S.A.
México 1992.
5. **ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL**
De Pina Vara Rafael
Séptima edición
Edit. Porrúa, S.A.
México 1975.
6. **DICCIONARIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA**
Escriche Joaquin
Librería Garnier Hermanos,
París 1876.

7. **APUNTES PARA LA HISTORIA DEL DERECHO EN MEXICO**
Esquivel Obregón Toribio
Edit. Polis
México 1937.
8. **APUNTES DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO**
García Trinidad
Edit. Porrúa, S.A.,
México 1941.
9. **TRATADO DE GINECOLOGIA DE NOVAK**
JONES III, Howard W., COLSTON WENTZ, Anne, BURNETT, Lonnie S. trad. Dra.
Ana María Pérez-Tamayo
Décima primera edición
Interamericana McGraw-Hill
México 1991.
10. **PATERNIDAD SIN PADRE**
Le Riverend y Brusone Eduardo
Revista Cubana de Derecho, No. 1
enero-marzo, 1957. No. 1.
11. **ESTUDIOS SOBRE EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO
DE LA BAJA CALIFORNIA, PROMULGADO EN 1870, CON ANOTACIONES
RELATIVAS A LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL CÓDIGO DE 1884**
Mateos Alarcón M.
México.
12. **NACIMIENTO POR INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA**
Montes Blanco José Manuel
Revista Cubana de Gineco-obstetricia. t. 2
Junio, 1986.
13. **MATRIMONIO POR COMPORTAMIENTO**
Ortiz Urquidí Raúl
Primera edición
Edit. Stylo
México, D.F. 1955.

14. **TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO**
Petit Eugéne
Novena edición
Edit. Araujo,
Buenos Aires, Argentina, 1940.
15. **TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL**
Planiol M. y Ripert J.
Edit. Cajica
México, D.F. 1980.
16. **DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA**
Real Academia Española
Vigésima edición
Espasa-Calpe
Madrid, España 1984.
17. **COMPENDIO DE DERECHO CIVIL MEXICANO**
Rojina Villegas Rafael
Edit. Porrúa, S. A.
México 1977.
18. **INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO**
Sohm Rodolfo
Trad. Wenceslao Roces
Primera edición
Edit. Gráfica Panamericana.
19. **ESTADO ACTUAL DE LA FERTILIZACION *IN VITRO* Y LA TRANSFERENCIA
DE EMBRION EN LA ESPECIE HUMANA**
Soupart Pierre
Edit. Interamericana
México 1980.
20. **TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL**
Valverde Calixto
Tercera edición
Talleres Tipográficos Cuesta
Valladolid 1926.

21. **INSEMINACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS. INCIDENCIAS JURIDICAS**
Vera Hernández Julio César
Revista Foro de México
México, No. 82, 1960
22. **CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**
Segunda edición
Edit. Trillas
México 1983.
23. **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA
TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL**
Edit. Andadre, S.A.
México 1986.
24. **LEY GENERAL DE SALUD**
Novena edición
Edit. Porrúa, S.A.
México 1993.