

312
28j



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y SU
PROBLEMATICA ANTE LA SUCESION
LEGITIMA"**

T E S I S
Que para optar por el Título de
LICENCIADA EN DERECHO
P r e s e n t a

MARIA ISABEL GARCIA LOPEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.

A MI MADRE, CON AMOR E INFINITO AGRADECIMIENTO.
A MI PADRE, CON CARINO.

A MI ESPOSO CON AMOR, POR SU APOYO INCONDICIONAL.
A MIS HIJOS, POR SER LA LUZ DE MI VIDA.

AL MAESTRO

RAFAEL ROCHER GOMEZ.
CON MI RECONOCIMIENTO.

GRACIAS.

INDICE

I

Pág.

Introducción.

IV

CAPITULO I

De Las Sucesiones

1.	1.1. Concepto de Sucesión.	1
2.	1.2. Clases de Sucesión en nuestro Derecho Civil Vigente.	3
	1.2.1. Testamentaria.	4
	1.2.1. Legítima.	10
3.	1.3. Disposiciones comunes del Código Civil Vigente para - la sucesión testamentaria y la sucesión legítima.	15
4.	1.4. Principales sujetos del Derecho Hereditario.	
	1.4.1. Autor de la Herencia.	27
	1.4.2. Heredero.	28
	1.4.3. Legatario.	30
	1.4.4. Albacea.	32

CAPITULO II

De la Sucesión Legítima

1.	2.1. Casos en los que se presenta la sucesión legítima.	36
2.	2.2. Personas que son llamadas a heredar conforme al Código Civil Vigente.	40
3.	2.3. Diversos sistemas para heredar en nuestro Derecho Civil Vigente.	44

CAPITULO III

De La Inseminación Artificial

1.	3.1. Concepto de Inseminación Artificial.	46
2.	3.2. Diversas clases de Inseminación Artificial.	47
	3.2.1. In vitro.	48
	3.2.2. Inseminación Artificial Homóloga.	
	3.2.3. Inseminación Artificial Heteróloga.	49
	3.2.4. Alquiler de vientre	
	3.2.5. Teleinseminación.	51
	3.2.6. Donación de Gametos.	52
	3.2.7. Clonación.	53
	3.2.8. Donación o transferencia de embriones.	54
	3.2.9. Inseminación artificial post-mortem.	55
3.	3.3. Repercusiones de la inseminación artificial en la - filiación.	56
	3.3.1 ¿ Se considera como hijo legítimo ?.	58
	3.3.2. Atribución de la paternidad y la maternidad- en los diferentes casos de Inseminación Arti- ficial.	60

CAPITULO IV

CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL ANTE LA SUCESION LEGITIMA

1.	4.1. Problemática de la Inseminación artificial en sus - diferentes formas ante la sucesión legítima.	67
	4.1.1. ¿ Se considera hijo de matrimonio ?	78
	4.1.2. ¿ A quien tiene derecho a heredar ?	79
	4.1.3. Existencia de terceras personas con legítimo derecho a la masa hereditaria.	81

2. 4.2. La necesidad de crear y adicionar a nuestro Código Civil Vigente, una nueva legislación en materia de inseminación artificial, ante las figuras jurídicas que con ella estén relacionadas.	82
Conclusiones.	100
Bibliografía.	102
Hemerografía.	105
Legislación.	107

INTRODUCCION

El hombre, a diferencia de otras clases de seres vivos, se distingue -- por su capacidad de raciocinio, además de que es un ser, capaz de formar -- grandes agrupaciones de individuos de su misma especie, para llegar a crear las diferentes sociedades que existen en nuestro mundo.

Podríamos pensar, que no sólo el hombre se integra en grandes grupos, - pues viene a nuestra mente el caso de las abejas o las hormigas, que al vi-- vir en comunidad, unen su esfuerzo para lograr una perfecta comunión, que les permita desarrollar al máximo su trabajo, sin perturbar en nada el com-- portamiento de otro integrante de la colonia. A pesar de que entre estas es-- pecies existe una gran colaboración para formar no sólo su hábitat, sino tam-- bien su forma de vida y su comportamiento, no podemos compararlas con el ser humano, pues es evidente que tanto las hormigas como las abejas, observan el mismo comportamiento ahora, que hace un siglo, en cambio la especie humana - es susceptible a los cambios, a las evoluciones y por lo tanto, nunca se com-- porta de igual manera, pues día a día se hacen nuevos descubrimientos, se -- crea tecnología más avanzada, surgen conflictos entre los diferentes grupos sociales, etc.

Es precisamente gracias a la capacidad de raciocinio, que el hombre ha logrado obtener un lugar privilegiado en nuestro mundo, dado que es el res-- ponsable de los grandes cambios que se han producido a lo largo de su exis-- tencia sobre la tierra.

Desde luego que al hablar de cambios, nos referimos a los que se han ve-- rificado en todos los campos en los que el ser humano tiene injerencia, ta-- les como los avances tecnológicos, científicos, ecológico, sociales, políti-- cos, económicos etc; pero en esta ocasión, nos ocuparemos de una mínima par-- te en esos cambios. Nos referimos concretamente a los científicos, que en ma-- teria de medicina han ayudado al hombre entre otras muchas cosas, a dar me-- jores soluciones al problema de esterilidad e infertilidad en el ser humano.

En el campo de las ciencias, la medicina ha alcanzado un nivel muy alto y por lo mismo importantísimo, pues se ha logrado, lo que hace algunos años hubiera parecido imposible; la creación de un ser humano a través de métodos mecánicos que permiten al hombre llevar a cabo la fecundación de un óvulo, - sin la necesidad de efectuar el coito entre una pareja.

La inquietud que nos motivó a la elaboración de este trabajo, se debe a que en la vida moderna, los sorprendentes avances en materia de reproducción humana, han dejado perplejo al mundo entero y están teniendo repercusión en el campo de lo jurídico, debido a que gracias a la llamada inseminación artificial se ha logrado procrear o concebir un hijo entre personas que de otra forma no podrían hacerlo pues presentan una incapacidad física para reproducirse.

Este tema, es el contenido principal de nuestro trabajo, pero ahunado a una parte muy importante de nuestra legislación; el Derecho Sucesorio, en el que distinguimos de manera contundente a la sucesión legítima, por tratarse de una situación en la que se debe determinar si existen derechos y obligaciones que deban disfrutar y que tengan que cumplir los hijos del de "cujus" que hayan venido al mundo a través de una inseminación artificial en la que aquél, no haya aportado su gameto, es decir, que se trate de una supuesta relación paterno-filial, en la que no existan nexos biológicos que unan a estas personas. Es necesario aclarar, que si habláramos de la sucesión testamentaria, el problema no existiría, pues sabemos que aún en el caso de que - no se tratara de hijos de sangre, el testador tiene la libertad de nombrar herederos a quienes él desee, en cambio en la legítima, a falta de testamento, es la ley quien se encargará de adjudicar la herencia a los familiares - del de "cujus", pero presuponiendo la existencia de un vínculo biológico entre los protagonistas de la sucesión.

Nuestro trabajo consta de cuatro capítulos en los cuales se abarcan primeramente los aspectos más generales del Derecho Sucesorio, hasta llegar a - relacionar la inseminación artificial en sus diferentes aplicaciones con la sucesión legítima y desde luego con la propuesta que hacemos sobre este tema.

La inquietud a la que hemos hecho referencia, nace a raíz de que nos he mos percatado que en la actualidad, se viene practicando la reproducción humana asistida, con parejas incapaces de concebir o procrear un hijo en la -- forma natural que conocemos. El hecho es, que estos acontecimientos carecen

de una normativa que los regule y en la que se determine claramente la relación paterno-filial entre personas que no tienen un nexo biológico que las una.

Del comentario anterior, surge la duda de si los hijos habidos por medios artificiales deben o no tener los mismos derechos que la ley les otorga a los hijos de sangre.

En nuestro primer capítulo, hacemos referencia al tema de las sucesiones en forma general, establecemos la definición del concepto y recurrimos al Código Civil para determinar cuantas clases de sucesión existen o son reconocidas por nuestro derecho, además, se da una breve explicación de las disposiciones comunes a las diferentes sucesiones y desde luego no podemos olvidar a los principales protagonistas en el Derecho Hereditario, hablamos de principales, porque más adelante haremos la aclaración de que no se abordará a todos los sujetos de éste derecho por tratarse de un tema muy amplio razón por la cual, sólo nos referiremos a los más importantes.

En nuestro segundo capítulo, abordamos más concretamente a la sucesión legítima, puesto que es el tema de mayor importancia para nosotros dentro del Derecho Hereditario, se determinan en este capítulo los casos en que se abre dicha sucesión, quienes son las personas con derecho a la herencia de acuerdo con el Código Civil Vigente, por tratarse de un caso en el que no existe testamento que difiera el patrimonio del de "cujus".

Se habla además sobre los diferentes sistemas para heredar y que son reconocidos por nuestra legislación, nos referimos concretamente a la herencia por cabezas, por estirpes y por líneas.

El tercer capítulo está dedicado al estudio de la inseminación artificial, en él, explicamos en que consiste dicha práctica, desde hace cuanto tiempo se conoce este tratamiento, señalamos algunos antecedentes sobre la misma, cual ha sido el éxito de esta práctica en parejas con problemas de reproducción, hablamos también de las diferentes clases de inseminación que se conocen y que se han practicado en el ser humano dependiendo del problema que cada uno presente, etc.

Hacemos referencia a las posibles repercusiones que tiene esta práctica en la filiación, en la legitimidad de un hijo y en la paternidad, proponiendo en los diferentes casos, modificaciones al Código Civil en esas materias.

A lo largo del desarrollo de este trabajo, hacemos hincapié en la nece-

sidad de crear una legislación que se ocupe de reglamentar situaciones como las que se están presentando cada vez con mayor frecuencia en nuestra sociedad, pues no debemos restarle importancia a un acontecimiento que día a día va creando una serie de situaciones que tienen repercusión en el campo del derecho.

Finalmente el cuarto capítulo, abarca el tema de la inseminación artificial, relacionándola en sus diferentes aplicaciones con la sucesión legítima; en éste capítulo, tratamos de determinar si un hijo habido artificialmente y por medio de donadores tanto de esperma como de óvulo, debe considerarse como hijo de matrimonio, por el hecho de que sus padres legales estén unidos por ese vínculo.

También hacemos referencia al hecho de si el hijo tiene o no derecho a la herencia del de "cujus", en el caso de que no se trate de su padre o su madre biológicos. Por otro lado no debemos olvidar que tratándose de una sucesión legítima, no solamente se contemplan a los hijos del difunto como posibles herederos, pues sabemos que a falta de ellos entran a heredar la esposa o concubina, los parientes colaterales dentro del cuarto grado, es por eso que hablamos también de la existencia de terceras personas con legítimo derecho a la herencia si planteamos el caso de que éstos últimos no estén de acuerdo en que un hijo que no le es de sangre, herede al titular de la herencia y por lo tanto para ellos no tenga derecho a esta, razón por la cual tratarían de impugnar esa herencia

Como último punto a tratar en esta investigación, proponemos que se -- elabore una nueva legislación en materia de Derecho Familiar, en todas aquellas partes en las que la inseminación artificial tenga repercusiones que -- traigan consigo el nacimiento de una problemática que deba resolverse conforme a derecho y evite la existencia de contradicciones a los principios -- básicos que sustentan esta materia.

CAPITULO I

DE LAS SUCESIONES

1.1. CONCEPTO DE SUCESION.

La investigación y el análisis de todo sistema jurídico, requiere para su dominio de una gran inversión de tiempo e interés por parte del estudioso, ya que muchos son los aspectos, detalles y situaciones que deben cuidarse al estudiar la legislación de cualquier país.

Dentro de esta gama de conocimientos, el sistema jurídico mexicano no es la excepción, pues encierra una multiplicidad de leyes, reglamentos, tratados, jurisprudencias, etc., todas ellas regidas por una Constitución Política que en un nivel de jerarquía de leyes, ocupa en nuestro país, el grado más alto.

La creación de una ley, es el resultado de la imperiosa necesidad de implantar un orden, un equilibrio y una solución justa a los problemas sociales, políticos, económicos y demás que día a día aquejan a sociedades como la nuestra.

Al penetrar en el campo del derecho mexicano, nos damos cuenta de la gran amplitud que este tiene, por esa razón, las diferentes ramas que lo integran son muy extensas. El tema que nos ocupa en esta ocasión y que será el eje central de nuestra investigación, no es la excepción a este comentario ya que su contenido es muy grande, por lo que trataremos de puntualizar los aspectos más importantes en el mismo y los de mayor interés para nosotros serán analizados con mayor profundidad.

Corresponde a una rama del Derecho Civil, hablamos concretamente del Derecho Sucesorio, mismo que como ya se explicó, abordaremos más profundamente cuando tratemos el tema de la sucesión legítima, tema sobre el que diversos tratadistas han expuesto sus teorías, opiniones, críticas, etc., acer

ca de la forma en que esta rama del derecho debe aplicarse. En relación al Derecho Hereditario se ha escrito mucho, casi podríamos atrevernos a decir que se ha escrito todo, lógicamente lo anterior sólo podríamos afirmarlo si el género humano no fuera susceptible de cambios o evoluciones, situación -- que de antemano sabemos, no existe, ya que las grandes transformaciones que se dieron en el pasado y que se están generando actualmente son a todos los niveles y en todos los campos, es precisamente por esta razón que el derecho debe renovarse día a día para ir a la par de las necesidades de la vida moderna.

Al introducirnos en el estudio del Derecho Sucesorio, nos percatamos de inmediato de que es un tema que está presente en la vida cotidiana del ser humano, pues en algún momento de nuestra vida, podemos ser partícipes como herederos o legatarios en alguna sucesión o bien, debemos disponer de nuestro patrimonio, derechos y obligaciones al dictar un testamento.

Para dar inicio al tema de las sucesiones, consideramos oportuno citar algunas definiciones que sobre este concepto han dado diversos autores: En primer lugar tenemos a José Arce y Cervantes, quien manifiesta lo siguiente:

"Sucesión significa acción y efecto de suceder y, en sentido jurídico - sustitución en la titularidad, en los derechos y relaciones que admiten sustitución o sea cambio de sujeto e identidad en la relación de derecho." (1)

Sucesión, dice Savigny: "Es el cambio meramente subjetivo en una relación de derecho, es decir cambio del sujeto pero no del objeto de la relación." (2)

Por su parte Alejandro Mora Barba establece: "La sucesión es el procedimiento por el cual una persona sucede a otra en sus derechos y obligaciones" (3)

Planiol define la sucesión como la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas." (4)

(1) Arce y Cervantes, José, *De las Sucesiones*, Edic. 2a. Ed. Porrúa, México-1988, p. 1.

(2) *Cit. por Arce y Cervantes, José. Loc. cit.*

(3) Mora Barba, Alejandra *Curso Elemental de Derecho Civil*, Edic. 4a. Ed. a cargo de autor. México, 1978, p. 235.

(4) *Cit por Ibarrola Antonio de. Cosas y Sucesiones*, Edic. 6a. Ed. Porrúa. - México. 1986. p. 647

Al analizar lo establecido por los citados autores, nos damos cuenta de que el concepto más usado en sus comentarios es el de 'sustitución', definido como el cambio de una persona ya fallecida por otra que la reemplazará no sólo al adquirir una parte o la totalidad de sus bienes y derechos como podría pensarse al hablar de una herencia, sino también en sus deberes y obligaciones, mismos que no pueden suspenderse por la ausencia de su titular, ya que en la vida jurídica toda clase de obligaciones, derechos y bienes deben estar sujetos a una persona determinada.

Otros elementos importantes que podemos rescatar de las definiciones -- analizadas son los siguientes: Los bienes que el autor de la herencia transmitirá a sus herederos, las obligaciones que siguen vigentes aún después de la muerte del de "cujus", los derechos a los que éste último se ha hecho acreedor, en fin, que todo lo anterior amerita de un estudio especial y minucioso que nos permita comprender a fondo la esencia de este derecho, por esta razón pospondremos dicho análisis para otro momento, a fin de dar la explicación adecuada a cada uno de ellos, ya que por ahora, centraremos nuestra atención en lo que el Código Civil Vigente establece sobre las sucesiones reconocidas por nuestro derecho.

1.2. CLASES DE SUCESION EN NUESTRO DERECHO CIVIL VIGENTE.

Una vez analizado el concepto de sucesión, daremos paso al estudio de las clases de sucesión reconocidas por nuestro derecho. Debido a la importancia que para fines de la presente investigación tiene el Código Civil Vigente, haremos alusión a que dentro de éste último, el estudio del Derecho Hereditario está integrado en su Libro Tercero, mismo que se compone de cinco títulos que a su vez están divididos en capítulos, de los cuales estudiaremos con más detenimiento aquellos que sean de mayor interés para este trabajo.

Una vez analizado dicho ordenamiento, nos percatamos de que el mismo -- organiza el estudio del Derecho Sucesorio en tres grandes partes que son:

- Sucesión Testamentaria
- Sucesión Legítima, y
- Disposiciones Comunes a las Sucesiones Testamentaria y Legítima

Se comentó con anterioridad, que para efectos de este trabajo, abordaríamos más a fondo el tema referente a la Sucesión Legítima, por ser ésta --

una de las partes fundamentales en el contenido del presente trabajo, pero - como no es posible evadir totalmente a la testamentaria, hablaremos de ella en sus características más relevantes, para que de esta forma se complemente lo mejor posible el estudio que se está llevando a cabo en este apartado.

Con este comentario no pretendemos restarle importancia a la sucesión - testamentaria, únicamente queremos decir que debido a la gran extensión de - estos temas debemos concretarnos a estudiar más a fondo aquellos que tengan - relación directa con lo que será la base de nuestra propuesta.

1.2.1. TESTAMENTARIA.

Tiene su fundamento en un acto jurídico llamado testamento, concepto al que el Código Civil define en su artículo 1295 de la siguiente manera: "Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos o declara o cumple deberes para después de su muerte."

Al leer con detenimiento el artículo que precede, nos damos cuenta que uno de los elementos que forman parte de él y que representa quizás el principal ingrediente de un testamento, es la voluntad del testador, la cual adquiere eficacia a la muerte de éste, ya que a través de ella el de "cujus" - dispondrá de sus bienes, derechos y obligaciones, determinando con claridad el destino que para ellos desea. En relación a lo anterior José Arce y Cervantes manifiesta:

"Su fundamento está en el concepto de derecho de propiedad, cuya esencia consiste precisamente en la facultad de disponer y después en la institución de la familia o sea esa sociedad natural que impone a los padres el deber de proveer a su existencia y a la formación y educación de los hijos, no solamente durante la vida de los progenitores sino hasta donde sea posible, - aún en caso de su fallecimiento." (5)

Es evidente que dentro del marco que encierra a la sucesión testamentaria influyen en gran medida los sentimientos de cariño, gratitud, amistad, - etc., que en muchas ocasiones guían la voluntad del testador, al externar su última voluntad, lo que traerá como consecuencia lógica, el asegurar sus bienes, derechos y obligaciones con un nuevo titular que habrá de sucederle.

(5) Arce y Cervantes, J. O b. cit. p. 35

Continuando con el desarrollo de este tema, estudiaremos ahora la clasificación, características y definición de los diferentes testamentos regulados en nuestro Código Civil Vigente.

De esta forma, tenemos que el artículo 1499 establece: "El testamento - en cuanto a su forma es ordinario o especial."

Mientras que el artículo 1500 señala:

"El ordinario puede ser:

- I.- Público abierto;
- II.- Público cerrado y
- III.- Ológrafo."

Por su parte el artículo 1501 establece:

"El especial puede ser:

- I.- Privado;
- II.- Militar;
- III.- Marítimo; y,
- IV.- Hecho en país extranjero."

Una vez señalados, haremos un breve comentario sobre cada uno de ellos, destacando sus características fundamentales, mismas que les dan su sello -- distintivo.

TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO. Lo define el artículo 1511 de la siguiente manera:

"Testamento público abierto es el que se otorga ante Notario y tres testigos idóneos."

Esta reglamentado del artículo que antecede al artículo 1520 del citado Código Civil Vigente y entre sus principales características están las siguientes:

- El testador expresará de manera clara y terminante su voluntad ante - el Notario y tres testigos idóneos.
- Si el testador no sabe firmar, intervendrá un testigo que firme a su ruego.
- Si el testador es sordo pero sabe leer, leerá el testamento, y si no sabe designará a alguien para que lo haga en su nombre.
- Si fuere ciego se leerá dos veces el documento.
- Si ignora el idioma del país, escribirá su testamento, que será traducido al español, por dos intérpretes, dicha traducción se transcribirá como

testamento en el protocolo respectivo.

- Si no puede o no sabe escribir, lo hará uno de los intérpretes, dictándolo el testador y una vez que se apruebe, se traducirá al español.

Si faltare alguna de las solemnidades que se requieren para la validez de este testamento, quedará sin efecto, siendo responsable el Notario de los daños y perjuicios que se ocasionen.

TESTAMENTO PUBLICO CERRADO. Está definido en el artículo 1521 del Código Civil, en los siguientes términos:

"El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador, o por otra persona a su ruego y en papel común."

Esta regulado del artículo anterior al 1549 del Código Civil Vigente y entre sus principales características tenemos las siguientes:

- El testador rubricará todas las hojas del testamento y firmará al calce del mismo, si no supiere o no pudiere, lo hará otra persona a su ruego.

- Si firma otra persona concurrirá con el testador a la presentación -- del pliego cerrado, declarando lo anterior en ese acto.

- Deberá tener como mínimo la firma de tres testigos.

- El sordomudo podrá hacer este testamento, siempre que este escrito, - fechado y firmado por él mismo, presentándolo al Notario ante cinco testigos y escribiendo en presencia de los que ahí se encuentran su última voluntad.

- Si es sólo mudo o sólo sordo, hará un testamento de forma escrita por él mismo y si esta escrito por otro, el de "cujus" lo hará notar, escribiendo esta circunstancia en un documento que firmará de su puño y letra.

- Una vez autorizado el testamento, el Notario lo entregará al testador y anotará en el protocolo la fecha, lugar, día, mes y año en que lo autorizó

- El testador puede optar por conservar el testamento, darlo en guarda a otra persona o depositarlo en el Archivo Judicial, en cuyo caso el encargado del mismo asentará en su libro una razón, firmando ambos, para darle -- una copia al testador.

- El juez que reciba el documento hará comparecer al Notario y los tres testigos del mismo. El documento será abierto una vez que estos últimos lo - hayan reconocido ante el juez.

- Si el testamento estuviere roto en su pliego interior, abierto, con - borraduras, raspado o enmendadas las firmas o algún otro detalle que pusiera en duda su validez, quedará sin efecto.

- Deberá observar todas las solemnidades a que hace referencia la ley - para su completa validez.

TESTAMENTO OLOGRAFO. Reglamentado por los artículos 1550 a 1564, se define de la siguiente manera:

"Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador."

Entre sus principales características, están las siguientes:

- Este testamento no producirá efecto, si no es presentado en el Archivo General de Notarías, en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554, del Código Civil Vigente.

- Puede ser otorgado sólo por mayores de edad.

- Deberá elaborarse por duplicado

- Si tiene palabras enmendadas o entre renglones, deberá salvarlas el testador, bajo su firma.

- El depósito del testamento lo hará personalmente el testador, concurrendo con dos testigos que lo identifiquen ante el Archivo General de Notarías, debiendo escribir en el sobre de supuño y letra la siguiente leyenda - *Dentro de este sobre se contiene mi testamento*, señalándose lugar y fecha en que se haga el depósito, esto lo firmará el testador y el encargado del archivo.

- El testador puede retirar en cualquier momento su testamento del Archivo General de Notarías, personalmente o por medio de mandatario con poder especial otorgado en escritura pública.

Estas, son en forma general las características del testamento ológrafo y con él damos por terminado el estudio a los testamentos ordinarios para dar paso al análisis de los testamentos especiales.

TESTAMENTO PRIVADO. Iniciamos su estudio, citando la referencia que sobre él nos da el artículo 1565 en el que se especifica claramente los casos en que puede llevarse a cabo, no sin antes hacer notar que se reglamenta del artículo ya señalado al 1578 del multicitado Código Civil.

Art. 1565. "El testamento privado está permitido en los siguientes casos:

I.- Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta y grave que no de tiempo para que concurra el Notario a hacer el testamento;

II.- Cuando no hay Notario en la población o Juez que actúe por recepto rfa;

III.- Cuando aunque haya Notario o Juez en la población sea imposible o por lo menos muy difícil que concurran al otorgamiento del testamento;

IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña - o se encuentren prisioneros de guerra."

Dándose algunas de las circunstancias que anteceden, el testamento debe reunir los siguientes requisitos para que se considere válido.

- El testador deberá estar imposibilitado para elaborar un testamento - ológrafo.

- Deberá otorgarse ante tres testigos como mínimo cuando se trate de -- una urgencia, de lo contrario se requieren cinco testigos idóneos.

- Sólo surte efectos, si el testador muere de la enfermedad o del peligro que produjeron la urgencia, o dentro del mes siguiente en que el testador desapareció.

- El testador declarará su última voluntad ante cinco testigos, debiendo redactar el documento uno de ellos.

Ahunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta lo establecido en el artículo 1574, que señala:

"Los testigos que concurran a un testamento privado deberán declarar -- circunstancialmente:

I.- El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;

II.- Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;

III.- El tenor de la disposición;

IV.- Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción;

V.- El motivo por el que se otorgó el testamento privado;

VI.- Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad o el peligro en que se hallaba;

VII.- Si todos los testigos idóneos estuvieron de acuerdo en lo declarado, el juez declarará que ese es el formal testamento de la persona de que se trata."

TESTAMENTO MILITAR. Este testamento, está reglamentado del artículo - 1579 al 1582 del Código Civil Vigente. Y puede decirse que es aquél que lle va a cabo un militar en el momento de entrar en acción de guerra o si se -- encuentra herido en el campo de batalla, para lo cual requerirá únicamente la presencia de dos testigos, o bien, que entregue a éstos el pliego cerrado que contenga su última voluntad.

- Las características anteriormente descritas, serán aplicables tam -- bién a los prisioneros de guerra.

- Si se da el caso de que el testamento se haya dado a un testigo por escrito, éste deberá entregarlo al jefe de la corporación, para después ser remitido a la Secretaría de la Defensa Nacional, y ésta a la autoridad competente.

- Se seguirá el mismo procedimiento tratándose de un testamento otor-- gado de palabra, sólo que en este caso, los testigos deberán manifestar lo que determinó el testador antes de su fallecimiento.

TESTAMENTO MARITIMO. Está reglamentado por el artículo 1583 al 1592 -- del Código Civil Vigente.

Iniciamos su explicación con la referencia que sobre él nos da el ar-- tículo 1583.

"Los que se encuentren en altamar, a bordo de los navíos de La Marina Nacional, sea de guerra o mercante, pueden testar sujetándose a las pres -- cripciones siguientes."

A continuación, haremos una síntesis de los artículos que regulan este testamento a fin de sustraer de ellos sus principales características.

- Deberá hacerse por escrito, ante dos testigos y el capitán del navío quienes deberán firmarlo.

-Debe elaborarse por duplicado, conservándose entre los papeles prin-- cipales de la embarcación.

- Si el barco arriba en algún puerto donde hubiere diplomático mexicano, deberá depositarlo el capitán en manos de aquel.

- Si arriba a territorio mexicano, se entregará el otro ejemplar a la autoridad marítima del lugar.

- Los agentes diplomáticos que hayan recibido algún testamento, levantarán un acta de la entrega, remitiéndola con los ejemplares del testamento

al ministerio de relaciones exteriores, el cual publicará en los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento.

- Sólo producirá efectos, cuando el testador haya fallecido en el mar o dentro de un mes contado desde que desembarque en algún lugar y haya ratificado su última voluntad.

TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO. Art. 1593. "Los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal, cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron."

- En este caso pueden hacer las veces de Notario, los Cónsules y Vicecónsules mexicanos, siempre que los efectos del testamento tengan su ejecución en el Distrito Federal.

- Dichos funcionarios remitirán copia de los testamentos al ministerio de relaciones exteriores.

- Si fuere ológrafo, el funcionario deberá remitirlo por conducto de la Secretaría de Relaciones Exteriores al Archivo General de Notarías.

- El papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes señalados, deberán llevar el sello de la legación o Cónsul respectivo.

De esta manera, damos por terminada la reseña del tema de sucesión testamentaria, para dar paso al siguiente apartado que corresponde al estudio de la sucesión legítima.

1.2.2. LEGITIMA.

La sucesión legítima, representa en nuestro sistema jurídico, una más de las posibilidades que nuestra ley otorga a la sociedad, para definir la situación jurídica de un patrimonio que ha quedado sin titular, debido al fallecimiento de éste.

Cabe señalar que la característica fundamental de esta sucesión es que en ella no contamos con la voluntad del autor de la herencia para determinar en que forma será distribuido su patrimonio, razón por la cual, la ley suple esa decisión tratando de apegarse lo más posible a lo que se supone hubiese deseado el de "cujus" en su testamento, de haberlo hecho.

Puede darse el caso de que sí exista una disposición de última voluntad del testador manifestada en un testamento, no obstante el contenido del mismo, puede no contemplar la totalidad de los bienes existentes en la masa hereditaria, razón por la cual deberá abrirse la sucesión legítima respecto de esos bienes no contemplados por el de "cujus" en su disposición de última voluntad.

Además de lo ya establecido, existen otras causas que motivan el surgimiento de esta sucesión, mismas que están determinadas en el texto del artículo 1599 del Código Civil Vigente:

"La herencia legítima se abre:

- I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez;
- II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III.- Cuando no se cumple la condición impuesta al heredero;
- IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto."

Con respecto a este artículo, comentaremos lo relativo a las fracciones I y IV, pues consideramos que las demás no ameritan de mayor explicación, ya que su contenido es sumamente claro.

La primera parte de la fracción I, es muy clara ya que es obvio que si el de "cujus" no hizo testamento, tendrá que abrirse la sucesión legítima -- forzosamente, ahora, por lo que se refiere al resto de la fracción, consideramos oportuno hacer alusión al estudio del acto jurídico a fin de entenderlo relativo a la nulidad y pérdida de validez de un testamento.

El acto jurídico requiere para su existencia de ciertos componentes que al unirse logran la producción de efectos de aquel.

Estos componentes como hemos señalado, son sin duda alguna los elementos de existencia y los requisitos de validez. Como ejemplo de este comentario haremos referencia a un acto jurídico reglamentado en el Código Civil, -- nos referimos al contrato y a sus elementos, ya que deberá reunir para su existencia y validez los requisitos señalados en los artículos 1794 y 1795, -- mismos que a continuación citaremos:

Art. 1794. "Para la existencia del contrato se requiere;

I.- Consentimiento;

II.- Objeto, que pueda ser materia del contrato."

Art. 1795. "El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Porque su objeto, o su motivo o su fin sea ilícito;

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Si se celebra un contrato en el que solo esten presentes los elementos de existencia pero no los requisitos de validez, dicho contrato existirá pero afectado de nulidad.

Este razonamiento es aplicable al testamento como acto jurídico, afirmación que es apoyada por el contenido del artículo 1859 que señala:

"Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se oponga a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Pasando al contenido de la fracción IV del artículo que estamos analizando (1599), se refiere a la posibilidad de que el heredero muera antes que el testador, repudie la herencia o sea incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto, motivos que darían origen a la legítima.

En materia hereditaria, es de gran importancia determinar claramente el momento en que el de "cujus" falleció, ya que si éste perece en algún accidente junto con los herederos y se determina que éstos murieron antes que aquél, se extinguirá junto con ellos su derecho a heredar. Por otro lado tenemos el hecho de que el heredero repudie la herencia, caso en el cual consideramos necesario recordar la definición del concepto de repudiación, para entender mejor la explicación que se dará al respecto.

"La repudiación de la herencia es el acto por el cual, el heredero testamentario o "ab intestato", renuncia a su calidad de tal y por consiguiente a los derechos, bienes y obligaciones que se le transmiten por herencia." (6)

"Solamente las personas mayores de edad, es decir, capaces para disponer de sus bienes, pueden repudiar una herencia; los menores o incapacitados no pueden renunciarla. Su representante legítimo con autorización judicial y previa audiencia del Ministerio Público, podrá renunciar a la herencia y el juez solo autorizará esta renuncia si considera que es perjudicial la calidad de heredero para el incapacitado." (7)

(6) *Rojina Villegas, R. O b. cit. p. 246*

(7) *Ibid. p. 247*

Finalmente llegamos al análisis de la última parte de la fracción IV -- del artículo 1599, referente a la incapacidad del heredero para heredar, si no se ha nombrado sustituto.

En relación a esto, el Código Civil establece claramente en que momento se hace presente esta incapacidad, en su artículo 1313 que establece:

"Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean tienen capacidad para heredar y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I.- Falta de personalidad;
- II.-; Delito;
- III.- Presunción de influjo contrario a la libertad del testador o a la voluntad o integridad del testamento;
- IV.- Falta de reciprocidad internacional;
- V.- Utilidad pública;
- VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento."

La falta de personalidad se atribuye a quienes sean designados herederos y no esten concebidos al momento de la muerte del testador.

En relación a la incapacidad por delito, el artículo 1316 del Código -- Civil especifica claramente, los casos en que estos delitos se hacen presentes, (ver Código Civil).

Otra causa que origina la pérdida de la capacidad para heredar es por -- presunción de influjo contrario a la libertad del testador, es decir que éste último sea conducido de alguna forma, para que en su testamento establezca disposiciones a favor de una persona determinada.

Ante esta posible situación, la ley dispone lo siguiente: artículo 1321

"Por presunción de influjo contrario a la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, los tutores y curadores, a no ser que sean instituidos antes de ser nombrados para el cargo o despues de la mayor edad de aquel, estando ya aprobadas las cuentas de la tutela."

Debe aclararse que esta limitación no comprende a los familiares más -- cercanos al testador, tales como ascendientes, hermanos etc.

Otros sujetos que estan impedidos para heredar por influjo contrario a la libertad del testador son:

El médico que asista al de "cujus", durante la última enfermedad de la que fallezca, así la cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de dicho médico.

El Notario y testigos que intervienen en el testamento, así como los familiares a que ya hicimos referencia del fedatario.

Los ministros de los mismos cultos no pueden heredarse entre sí, ni -- pueden heredar a algún particular que no esté dentro del cuarto grado de parentesco.

Otra causa que provoca la pérdida de capacidad para heredar, es la falta de reciprocidad internacional, a este respecto el artículo 1328 del multicitado Código Civil establece:

"Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento o por intestado a los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que según las leyes de su país, no pueden testar o dejar por intestado bienes a favor de los mexicanos."

En cuanto a la pérdida de capacidad para heredar por utilidad pública, se dará cuando el autor de la herencia atribuya su patrimonio a la beneficencia pública.

Finalmente la fracción sexta del artículo que hemos estado analizando, señala que se puede perder la capacidad de heredar por renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento. En esta clasificación encontramos a los que en un testamento sean nombrados tutores, curadores, albaceas, y rehusaren sin causa justa ocupar ese cargo, o bien que si lo ostentaron, lo hayan hecho con mala conducta.

Con este comentario, concluimos el análisis del artículo 1599, en relación a la incapacidad para heredar, cuando no se ha nombrado sustituto, a este respecto puede darse el caso de que el autor de la herencia previendo la presencia de posibles eventualidades como las que ya hemos señalado y -- que impidan al heredero nombrado inicialmente atribuirse la herencia que le corresponde, nombre a un posible sustituto de aquel.

El heredero nombrado para estar en el lugar del primero designado, entraría en lugar de éste último, si surgiera algún problema con él; pero si esta sustitución no se prevee, procederá entonces la apertura de la legítima, respecto de la porción correspondiente a ese heredero. De esta forma, finalizamos el estudio de las causales que motivan la apertura de la sucesión legítima .

1.3. DISPOSICIONES COMUNES DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA LA SUCESION TESTAMENTARIA Y PARA LA SUCESION LEGITIMA.

Daremos inicio al desarrollo de este apartado, centrando nuestra atención en explicar cada una de las disposiciones comunes señaladas en el Código Civil Vigente, mismas que por su naturaleza son materia de ambas sucesiones; la testamentaria y la legítima, ya que al darse la apertura de cualquiera de ellas siempre estarán presentes durante el proceso sucesorio. A continuación haremos referencia a ellas mediante un listado que nos permita explicarlas en ese orden:

- De las precauciones cuando la viuda quede encinta.
- De la apertura y tramitación de la herencia.
- De la aceptación y repudiación de la herencia.
- De los albaceas.
- Del inventario y liquidación de la herencia.
- De la partición.
- De los efectos de la partición.
- De la rescisión y nulidad de las particiones.

PRECAUCIONES CUANDO LA VIUDA QUEDE ENCINTA - Sabemos que la finalidad primordial de la ley es impartir justicia, éste es el motivo por el que el legislador se ha preocupado por proteger el derecho de cada persona, y en este caso muy particularmente de aquellas que tienen derecho a una herencia.

Puede darse el caso de que posterior a la muerte del de "cujus", se confirme que su viuda quedó embarazada. Este acontecimiento imprevisto del hijo póstumo cuya existencia fue ignorada por el autor de la sucesión hasta el momento de su muerte, está previsto por nuestras leyes para evitar que el concebido quede sin protección alguna en su vida futura.

Esta medida de prevención se basa en el principio de que todo nuevo ser por el simple hecho de ser concebido, está protegido por nuestras leyes.

Si en una sucesión llegara a presentarse un caso como este, existen preceptos que le otorgan al nuevo ser el derecho a heredar de su progenitor la parte que le corresponde.

Contrariamente a lo que pueda pensarse, el hecho de que se tomen precauciones cuando la viuda quede encinta, no es solo proteger los derechos del ser que aún no nace, sino que además se salvaguardan los derechos co-

responsibles a los demás herederos sobre la masa hereditaria de que se trata, pues podrían verse disminuidos o quizás extinguidos por el nacimiento -- del futuro infante.

En estos casos, los herederos que se encuentren en esta situación deben proteger su derecho para evitar que puedan ser engañados si la esposa del difunto se embarazó después de que éste último falleció, con el fin de incrementar la porción de la herencia que le corresponde.

Otra situación que puede presentarse, es el caso de que el embarazo no sea cierto y pasado el tiempo correspondiente a éste, la viuda fingiere el parto. Ante esta posibilidad, deberá protegerse el derecho de los verdaderos herederos quienes verían mermados sus intereses si esta situación llegara a concretarse.

En relación a este tema, podemos resumir que las precauciones que se deben tomar para evitar esas anomalías se reducen a dos grandes partes :

- Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días. (Art. 1638 del Código Civil Vigente).

- Los interesados en la herencia, pueden pedir al juez, que dicte las providencias correspondientes para evitar la suposición de parto, la sustitución de infante o que se haga pasar por viable a la criatura que no lo es. (Art. 16-39, del Código Civil Vigente).

APERTURA Y TRAMITACION DE LA HERENCIA - La apertura de una sucesión, -- tiene verificativo en el momento en que se produce la muerte del de "cujus" -- es en ese instante que un patrimonio ha quedado sin titular, y es preciso -- que otro sujeto entre en el lugar del primero. Esto se debe a que en la vida jurídica, los derechos reales, los de crédito, las obligaciones y todas las demás relaciones jurídicas no pueden quedarse sin una persona a la que esten ligadas.

Art. 1649. "La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declare la presunción de muerte del ausente."

En relación a la tramitación de la herencia el artículo 1650 establece:

"No habiendo albacea nombrado, cada uno de los herederos puede si no ha sido instituido heredero de bienes determinados, reclamar la totalidad de la herencia que le corresponde conjuntamente con otros, sin que el demandado --

pueda oponer la excepción de que la herencia no le pertenece por entero."

En el caso señalado por el artículo anterior, ¿ A quien se le va a reclamar la herencia, si el de "cujus", ya falleció ?. La respuesta a esta --interrogante nos la da Rafael Rojina Villegas, quien al respecto señala lo siguiente:

"Por virtud de la tramitación hereditaria nace en los herederos la acción para reclamar la herencia a efecto de que se les ponga en posesión de los bienes hereditarios. Esta acción debe ejercitarse por el heredero o albacea en contra de la persona que se encuentre en posesión de los bienes hereditarios. En el momento de la muerte del autor de la herencia pueden sus bienes encontrarse en poder de tercera persona, compete entonces al albacea ejercitar la acción para que se le entreguen los bienes y el albacea entonces posee éstos en nombre de los herederos, es un poseedor derivado; si no existe albacea nombrado entonces los herederos podrán ejercitar la acción correspondiente."

"Como se trata de una copropiedad y todos los herederos tienen derechos, cualquiera puede ejercitar la acción reclamando a aquel que este en posesión de los bienes la entrega total de estos, sin que el demandado pueda oponer la excepción de que el heredero sólo puede ejercitar la acción --por parte alícuota alegando que existen otros herederos interesados en el resto de la masa hereditaria." (8)

Como último comentario a este tema, debemos señalar que en primera instancia deberá ser el albacea quien lleve a cabo la reclamación a que hemos hecho referencia, y si no lo llegara a hacer oportunamente, los herederos tendrán la facultad de removerlo de su cargo.

ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA - Las leyes mexicanas, respetan de manara contundente el principio de Libertad, es por eso que cualquier --persona puede elegir si acepta o no una herencia.

Para que ésta decisión sea completamente válida, debe ser pura, es decir, que no debe estar influenciada o entorpecida por algún vicio del consentimiento, ya que de otra forma se considerará no voluntaria, Para dar --inicio formal a esta disposición común en materia de sucesiones, es conveniente citar una definición del concepto de aceptación en materia hereditaria.

"La aceptación de la herencia es el acto jurídico unilateral, por el -- cual el heredero manifiesta expresa o tácitamente su voluntad en el sentido -- de aceptar los derechos y obligaciones del de "cujus" que no se extinguen -- con la muerte invocando o no el beneficio de inventario." (9)

Esta aceptación puede presentarse en dos formas de acuerdo con la ley civil, pues están señaladas en el artículo 1656 del Código Civil.

"La aceptación puede ser expresa o tácita. Es expresa la aceptación si el heredero acepta con palabras determinantes, y tácita, si ejecuta algunos hechos de que se deduzca necesariamente la intención de aceptar, o aquellos que no podría ejecutar sino con su calidad de heredero."

La aceptación como tal, deberá reunir las siguientes características -- para ser plenamente válida: Es voluntaria, retroactiva, indivisible e irrevocable. Además de estas características, Antonio de Ibarrola comenta que la -- aceptación debe reunir dos características fundamentales para su total reconocimiento:

"a) Que la herencia esté en condiciones de ser aceptada: no puede ser -- aceptada la herencia de una persona viva; "nadie puede aceptar ni repudiar -- sin estar cierto de la muerte de aquel de cuya herencia se trate" (art.1666)

"Conocida la muerte de aquel a quien se hereda, se puede renunciar la -- herencia dejada bajo condición, aunque ésta no se haya cumplido." (art.1667)"

"b) Que se haga por persona llamada a suceder y que tenga aptitud para aceptar; el sustituto no puede aceptar viviendo el instituido, o en tanto -- éste no renuncie a la herencia. El artículo 1635 del Código Civil nos dice -- quienes pueden aceptar o repudiar una herencia."(10)

REPUDIACION DE LA HERENCIA - De hecho, requiere de los mismos requisitos que se necesitan para la aceptación, pero a diferencia de ésta, la repudiación deberá manifestarse en forma expresa, cubriéndose el requisito que -- establece la ley de presentarla por escrito ante el juez que conozca de la -- sucesión.

(8) *Rojina Villegas, Rafael, Derecho Hereditario o Sucesiones. Edic. 1a, Ed. El Nacional. México. 1942. p. 246*

(9) *Rojina Villegas, R. O b. cit. p. 235*

(10) *Ibarrola A. O b. cit. p. 992*

Debemos entender a la repudiación como: "La manifestación que hace el - llamado a la herencia de no admitirla." (11)

Al respecto el artículo 1661 establece: "La repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez o por medio de instrumento público -- otorgado ante Notario cuando el heredero no se encuentre en el lugar del juicio."

DE LOS ALBACEAS - Proseguimos ahora con la siguiente disposición común a las sucesiones. Este es uno de los temas de mayor importancia en el derecho hereditario, ya que el albacea representa una figura clave en el desarrollo del procedimiento sucesorio.

Antes de penetrar en este tema, debemos aclarar que en este apartado, - nuestra atención estará dirigida principalmente al análisis de la normativa establecida en el Código Civil en vigor, en relación al albacea.

La normativa a la que hacemos alusión, se refiere lógicamente a las -- obligaciones y actividades que éste sujeto deberá cumplir y desarrollar en el desempeño de su cargo, sin embargo no podemos olvidar, que el tema del -- albaceazgo representa mucho más que la normativa que lo regula, es decir, -- que en él se encierran una serie de aspectos a tratar, tales como sus orígenes, sus características, el significado de su concepto, etc., mismos que -- serán estudiados más adelante, cuando nos ocupemos de analizar lo relativo a los sujetos que intervienen en el Derecho Hereditario.

Por el momento, haremos alusión al texto del artículo 1706 del Código Civil, referente a las obligaciones del albacea:

"Son obligaciones del albacea:

- I.- La presentación del testamento;
- II.- El aseguramiento de los bienes de la herencia;
- III.- La formación de inventarios;
- IV.- La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo;
- V.- El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias;
- VI.- La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios;
- VII.- La defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento;
- VIII.- La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieron contra ella;

IX.- Las demás que la ley imponga."

Una vez anotado lo anterior, procederemos a explicar en forma breve el significado de cada una de estas obligaciones.

LA PRESENTACION DEL TESTAMENTO - Esto ocurrirá, si el albacea tiene -- pleno conocimiento de su cargo, es decir, que tenga en su poder el testamento, mismo que deberá presentar en un término de ocho días, que se inician a partir del siguiente en que murio el testador. Art. 1711 del Código Civil.

EL ASEGURAMIENTO DE LOS BIENES DE LA HERENCIA - Al respecto, podemos - encontrar la explicación a esta obligación en el artículo 1713 del citado - ordenamiento, mismo que establece lo siguiente:

"El albacea antes de formar el inventario no permitirá la extracción - de cosa alguna si no es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por instrumento público o por los libros de la casa llevados en debida- forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante."

LA FORMACION DE INVENTARIOS - Otra de las obligaciones a cargo del albacea una vez que se abre la herencia, es la elaboración de un listado referente a todos los bienes que forman parte de la masa hereditaria, ésta clasificación deberá hacerse en forma individual, es decir, anotar una a una - las propiedades que pertenecían al difunto.

LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES Y LA RENDICION DE LAS CUENTAS DEL ALBA CEAZGO - En este apartado, deberán observarse varios aspectos, entre ellos siguientes:

- Deberá fijarse de acuerdo con los herederos, la cantidad que se ocupará en los gastos de la administración.

- La cantidad designada para el pago de sueldos, en el caso de que hubiese personas que deban seguir cobrando el salario que devengaban cuando el de "cujus" aún vivía.

- Si existe la necesidad urgente de hacer un gasto, deberá hacerse de acuerdo con los herederos, con aprobación judicial, tal como lo establece - el artículo 1717 del Código Civil Vigente.

"Si para el pago de una deuda u otro gasto urgente, fuere necesario -- vender algunos bienes, el albacea deberá hacerlo de acuerdo con los herederos y si esto no fuere posible con aprobación judicial."

Una vez que se haya observado lo anterior, el albacea tendrá como obligación, rendir cuentas de su administración una vez por año, y para que su nombramiento se ratifique nuevamente, deberá ser aprobada dicha cuenta por los herederos.

EL PAGO DE LAS DEUDAS MORTUORIAS, HEREDITARIAS Y TESTAMENTARIAS - En esta obligación se prevee la posibilidad de que para cubrir determinados -- gastos con carácter de urgente, es muy común que el albacea se vea en la necesidad de vender ciertos bienes de la herencia, con el objeto de cubrir -- las deudas mortuorias, mismas que son definidas de la siguiente manera:

"Se llaman mortuorias las deudas contraídas en la última enfermedad y para el sepelio del autor."(12)

Por lo que respecta a las deudas testamentarias, son aquellas que se especifican claramente en el testamento y en relación a las hereditarias -- se refieren a aquellas que contrajo el autor de la sucesión antes de su fallecimiento y que no tienen que ver con su última disposición.

Todas estas deudas deberán ser cubiertas por el albacea, dependiendo de la urgencia con que deban ser pagadas, para lo cual se tendrá que apoyar en la masa hereditaria, todo esto desde luego con la aprobación de los herederos.

LA PARTICION O ADJUDICACION DE LOS BIENES ENTRE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS - A la muerte del autor de la herencia, la masa hereditaria se encuentra en un estado de indivisión, por esta razón una de las principales funciones del albacea es llevar a buen término el procedimiento sucesorio hasta llegar a la partición de la herencia, otorgándole a cada heredero la parte que le corresponde, siguiendo lo establecido en el testamento, o bien lo que corresponda como señala la ley.

A este respecto, el artículo 1767 establece: "Aprobados el inventario y la cuenta de administración, el albacea debe hacer enseguida la partición de la herencia."

(11) *Ibid.* p. 989

(12) Araujo Valdivia, Luis, *Derecho de las cosas y Derecho de las Sucesiones.* Edic. 1a. Ed. Cajica. Puebla 1965. p. 538

LA DEFENSA EN JUICIO Y FUERA DE EL, ASI DE LA HERENCIA COMO DE LA VALIDEZ DEL TESTAMENTO - Si por alguna causa se pusiera en duda la validez del testamento o de la herencia, el albacea tiene la obligación de defender en juicio o fuera de éste la autenticidad del documento y de la herencia, pues deberá asumir en estos casos su papel de defensor de la misma.

LA DE REPRESENTAR A LA SUCESION EN TODOS LOS JUICIOS QUE HUBIEREN DE PROMOVERSE EN SU NOMBRE O QUE SE PROMOVIERON CONTRA ELLA - En toda sucesión es factible que surjan conflictos entre los propios herederos o bien con terceros que esten involucrados en la sucesión por tener interés económico en ella, estos problemas traerán como consecuencia, la generación de juicios de impugnación en algunos casos, o relativos a la inconformidad de algunos herederos sobre su parte en la herencia etc., también pueden existir juicios que el albacea promueva en su nombre y que sean necesarios para llevar a buen término la encomienda que se le ha hecho, sea cual fuere el motivo que origine un juicio, el albacea estará obligado a representar a la sucesión en todos ellos, así como cumplir con las demás obligaciones que la ley le imponga. Hasta aquí terminamos con el tema de las principales obligaciones del albacea en el desempeño de su cargo, para que a continuación demos inicio a una más de las disposiciones comunes a las sucesiones en el Derecho Hereditario.

DEL INVENTARIO Y LA LIQUIDACION DE LA HERENCIA - Al respecto, debemos hacer referencia al origen de la palabra inventario, citando su raíz en el lenguaje latín, para después hacer referencia a la definición actual.

"Inventario viene del latín "Inventarium", y se entiende por tal la determinación detallada del estado con distinción del activo y pasivo, de todos los bienes que forman el caudal hereditario y de las obligaciones que tiene a su cargo ese mismo patrimonio." (13)

Por su parte Arturo Fernández Aguirre lo define como: "El asiento metódico de los bienes de una persona o de una negociación." (14)

(13) Arce y Cervantes, J. Ob, cit, p. 195

(14) Fernández Aguirre, Arturo. Derecho de los Bienes y de las Sucesiones, - Edic. 2a. Ed. Cajica. Puebla 1978. p. 640

En toda sucesión, la elaboración del inventario, es un requisito muy necesario, ya que a través de él, los herederos y legatarios tendrán pleno conocimiento de los bienes que integran la masa hereditaria, para cuando llegue el momento de la liquidación de la herencia, así como de la partición y distribución de los bienes.

LIQUIDACION DE LA HERENCIA - "Liquidar es hacer ajuste formal de -- cuentas; es precisar formalmente, cuanto tenemos y cuanto debemos y cubrir las deudas exigibles." (15)

Arturo Fernández Aguirre, establece que la forma más viable de aplicar los bienes de una herencia, es determinar en primer término el monto - del activo para después aplicarlo hasta donde sea posible, ya que en muchas ocasiones los bienes de la herencia son insuficientes frente a las -- deudas exigibles a corto plazo.

Por regla general, las deudas de la herencia deben pagarse una vez - que se haya elaborado el inventario, ya que de esta forma se tendrá pleno conocimiento del activo que se destinará a cubrir las deudas existentes, y si en determinado momento no fuere suficiente el capital activo, se dispondrá del pasivo, tomando en cuenta desde luego el beneficio de inventario.

Independientemente de lo anterior, al abrirse una sucesión, surgen - siempre gastos que deben ser cubiertos en forma inmediata, pues se trata - sin lugar a dudas de las deudas mortuorias, en las que van incluidos los - gastos que se hicieron para atender la última enfermedad que provocó el fallecimiento del autor de la herencia, así como los gastos del sepelio. Esto último es una excepción que rompe la regla de esperar a que se haga el inventario para después disponer de los bienes de la herencia, ya que la - urgencia del caso amerita que se haga uso del capital necesario para sufragar esos gastos.

DE LA PARTICION - Para iniciar este apartado, citaremos en primer -- término la definición del concepto de partición:

Arturo Fernández Aguirre la define como : "El acto por el que se pone fin a la división de una sucesión. Se ha definido también como el acto por el que el albacea ejecuta finalmente la voluntad expresa del testador o presunta si es intestado relativo a la transmisión de bienes."(16)

(15) *Fernández Aguirre, A, O b.cit. p. 647*

(16) *Ibid. p. 648*

Al penetrar en el estudio de este tema, nos percatamos de cual es el momento en que se abre la sucesión, dicho acontecimiento tiene verificativo a la muerte del autor de la herencia, y se dice que es en ese mismo momento que se produce la transmisión de bienes a los herederos, sin embargo debemos tomar en cuenta que lo anterior es solamente una ficción de la ley ya que la realidad es que en ese momento nos encontramos ante una masa hereditaria indivisa, que perderá ese estado, una vez que la partición se -- lleve a efecto.

Rafael Rojina Villegas, hace su aportación a este tema señalando lo siguiente:

"Las reglas que deben observarse para la partición de los bienes son las siguientes."

"- En primer término, si el testador hace la partición se observará estrictamente."

"- A falta de división hecha en el testamento, el acuerdo de los herederos será la norma suprema a la que debe sujetarse el albacea para llevar a cabo la división." (17)

Una vez establecido lo anterior, es importante determinar en que momento se llevará a cabo la partición, y para establecer este momento la -- ley civil determina en su artículo 1767 lo siguiente:

"Aprobadas el inventario y la cuenta de administración, el albacea - debe hacer enseguida la partición de la herencia."

El hecho de que no sea el propio autor de la herencia quien lleve a cabo la partición en su testamento, traerá como consecuencia una serie de conflictos entre los herederos, pero desafortunadamente sabemos que muchas de las sucesiones que se presentan en la vida cotidiana, serán motivo de - controversia entre las personas que en ella esten interesadas y no nos - - queda más que dar la solución que en derecho proceda y evitar lo más que - se pueda, las diferencias entre los sujetos que en ellas intervengan.

EFFECTOS DE LA PARTICION - Con este apartado, casi estamos finalizando el tema de las disposiciones comunes a las sucesiones reconocidas en -- nuestro derecho, sin embargo, aún debemos abordar dos aspectos fundamentales en el mismo, se trata de los efectos de la partición y la nulidad y revocación de las particiones en aquellos casos en que no reúnan los requisitos necesarios para su plena validez.

Por ahora, centraremos nuestra atención en el tema relativo a los efectos de la partición:

Una vez que se ha verificado la adjudicación de los bienes de la herencia a los destinatarios, para así dar cumplimiento a la voluntad expresa del testador o presunta si es intestado, tal como se establece en la definición del concepto de partición señalado con anterioridad, es evidente que surgirán efectos propios de ésta, mismos que a continuación analizaremos.

En primer término, "Fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos. El beneficio de inventario y la tramitación de la sucesión, suspende temporalmente la fusión del patrimonio del autor con la del heredero."

"Hecha la liquidación de la herencia cesa esta suspensión y, entonces - la porción de bienes adjudicados a cada uno de los herederos, se fusiona con el propio patrimonio. Una vez adjudicados los bienes al heredero, los acreedores de éste tienen mayor garantía con el patrimonio así acrecentado."

"Con la adjudicación cesa la sucesión, se extingue el albaceazgo y los adjudicatarios cesan de ser herederos o legatarios." (18)

En ciertas ocasiones, además de los efectos ya señalados se presentan otros que se dan al modificarse la partición, esto sucederá en los siguientes casos:

"1.- Cuando alguno de los herederos fuere privado de todo o de parte de su haber por causas anteriores a la partición para el efecto de que los demás herederos lo indemnicen."

"2.- Cuando los bienes de un heredero fueren embargados o contra quienes se pronunciara sentencia condenatoria por causa de ellos, para que sus coherederos caucionen la responsabilidad que pudiere resultarles."

"3.- Si se hubieren omitido bienes se hará una partición suplementaria, mediante una adición o ampliación del inventario con los bienes omitidos."

(19)

Si llegara a verificarse alguno de estos casos en una sucesión en la -- que se haya hecho la partición, ésta deberá ser modificada para dar paso a -- aquella que será la definitiva.

(17) *Rojina Villegas, R. O b. cit. p. 269*

(18) *Arce y Cervantes, J. O b. cit. p. 198*

(19) *Ibid. p. 199*

DE LA RESCISIÓN Y LA NULIDAD DE LAS PARTICIONES - Como último punto a tratar en lo referente a las disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítima, haremos alusión a lo siguiente:

El Código Civil Vigente, establece que una partición puede ser anulada o rescindida por las mismas causas que lo son las obligaciones, (Art. 1788)- y sabemos además que las principales fuentes de las obligaciones son:

El contrato, la declaración unilateral de la voluntad, la gestión de negocios, el enriquecimiento ilegítimo, los hechos ilícitos y el riesgo creado. Para que tanto las particiones como las obligaciones tengan validez y -- produzcan así sus efectos, deberán reunir los llamados requisitos de validez y los elementos de existencia que ya conocemos, si llegase a faltar alguno - de ellos, las particiones se verán afectadas de nulidad y lógicamente no producirán sus efectos

En relación con este tema, citaremos el comentario de Rojina Villegas:- "La partición como convenio está sujeta a las reglas generales de los contratos en cuando a validez, nulidad y rescisión."

"Por consiguiente, todo convenio de partición debe observar los elementos esenciales y de validez del contrato. Como elementos esenciales hemos -- dicho que en todo contrato existen el consentimiento y el objeto. Como elementos de validez; la capacidad, la observancia de formalidades, la ausencia de vicios en el consentimiento, y la licitud en el objeto, motivo y fin del contrato." (20)

Una vez que hemos sentado las bases para conocer las causas que motivan la existencia y validez de un acto jurídico, es perfectamente lógico comprender que al no llevarse a cabo estos requisitos, sobrevendrá la nulidad o la rescisión de los actos y por consiguiente serán los mismos que provoquen por su ausencia la nulidad y rescisión de las particiones.

Pasando a otro punto en el tema, nos encontramos que el artículo 1789 - que concede al heredero preterido la facultad de solicitar la nulidad de la partición y cuando ésta se decreta y se lleve a cabo nuevamente, logrará dicho heredero recibir la parte que le corresponde.

Es importante aclarar que el heredero preterido, es aquel al que se excluyó de las particiones y que sin embargo, tiene la calidad de heredero -- 'forzoso'. Este sujeto tiene un derecho plenamente válido para solicitar la entrega de la parte que le corresponde en la herencia, para lo cual deberá - declarar la nulidad de la partición ya hecha.

Otro caso que amerita la nulidad de la partición pero sólo en la parte proporcional de uno de los herederos, es cuando éste último es falso y se descubre su verdadera identidad, que desde luego no es la del heredero que en realidad tiene derecho a la masa hereditaria

Finalmente tenemos a los bienes omitidos, como uno más de los casos -- que provocan la nulidad de la partición, ante esta situación se hará una -- partición suplementaria en la que deberá observarse lo que al respecto marca la ley. Con lo anterior damos por terminado el tema referente a las disposiciones comunes a la sucesión testamentaria y legítima.

1.4. PRINCIPALES SUJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO.

En la tramitación de cualquier sucesión, participan varios sujetos que de una u otra forma tienen intereses directos en el asunto, pues están relacionados con algunos de los bienes, derechos y obligaciones que han quedado vacantes por la muerte de su titular.

Podríamos hablar de éste tema en forma por demás detallada, puesto que en las relaciones que se generan al abrirse una sucesión, no sólo encontramos la presencia de herederos o legatarios, sino que además tienen injerencia en ella el albacea, los acreedores hereditarios, los deudores hereditarios etc.

Sin embargo para efectos de este trabajo, solo haremos referencia a -- los atributos y características personales de cuatro de los principales protagonistas en una sucesión hereditaria.

1.4.1. AUTOR DE LA HERENCIA.

Iniciamos este apartado, haciendo referencia al principal sujeto en materia hereditaria. Este calificativo de principal lo atribuimos al titular de la herencia porque es a partir de su muerte que se generará todo el procedimiento sucesorio que repercutirá en la vida de los demás sujetos de este derecho.

Debemos distinguir el diferente papel que desempeña dicho sujeto en -- cada una de las sucesiones. En la legítima, será solamente la base sobre la cual se construirá el procedimiento sucesorio, ya que en ella no existe designación específica de quien o quienes serán los herederos; aquí el titu--

(20) *Rojina Villegas, R. O b.cit. p. 277*

lar de la herencia se toma únicamente como referencia a partir de la cual se transmitirá la comunidad de bienes que han quedado sin titular con la muerte del autor de la sucesión, a favor de los que a ella tengan derecho por su relación de parentesco, matrimonio o concubinato con el difunto. En la legítima la ley trata de suplir la voluntad del autor de la herencia, de tal forma que se logre lo más cercano a lo que el titular del patrimonio hubiese deseado al dictar su testamento.

Totalmente distinta es la intervención del de "cujus" al tratarse de la sucesión testamentaria, ya que en ella interviene de manera absoluta su voluntad, determinando en un testamento a quien o a quienes será asignado su patrimonio.

A pesar de que se habla de una libre testamentifacción, no debemos olvidar que ésta deberá estar sujeta a una serie de ordenamientos jurídicos establecidos en la ley, referentes a las obligaciones de dejar alimentos a ciertas personas, o también al hecho de cumplir con ciertas formalidades que debe tener un testamento, etc.

La diferencia fundamental entre ambas sucesiones es que en la testamentaria, el de "cujus" dispone de su patrimonio en la forma que él desea, es decir, que designará como herederos a las personas que quiera, mientras que en la legítima, será la ley quien tratará de suplir de alguna forma la voluntad del autor de la herencia para diferir ese patrimonio, y adjudicarlo a los familiares más cercanos al de "cujus."

1.4.2. HEREDERO.

Un segundo protagonista en el juicio sucesorio es sin duda alguna el heredero, persona a la cual le serán transmitidos los bienes, derechos y obligaciones que han quedado sin titular y que a diferencia de la personalidad del de "cujus" no se ha extinguido con la muerte de éste.

El papel que desempeña el heredero en una sucesión, es el de entrar en lugar del difunto para darle continuidad al patrimonio que ha quedado sin titular debido a su fallecimiento.

Es importante razonar acerca de los requisitos que la persona debe reunir para tener la calidad de heredero. En primer lugar debemos hablar de capacidad y personalidad, características que deben conjuntarse en éste sujeto para adquirir la calidad de heredero.

"Se entiende por capacidad tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo"

(21)

En tanto que "La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que pueden presentarse." (22)

Ninguna persona esta totalmente privada de su capacidad para heredar - sin embargo sabemos que es necesario que se reúnan en ella todos los requisitos que la ley establece para que se le considere como heredero, a este respecto el artículo 1313 del Código Civil establece:

"Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, -- pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I.- Falta de personalidad;

II.- Delito;

III.- Presunción de influjo contrario a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;

IV.- Falta de reciprocidad internacional;

V.- Utilidad Pública;

VI.- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento."

Además de que el heredero no tenga ninguno de estos impedimentos para considerarse como tal, deberá en el caso de la legítima, tener una relación de parentesco, matrimonio o concubinato con el autor de la herencia -- para que se le considere con derecho a heredar.

A esta relación o vínculo entre el heredero y el autor de la herencia se le llama vocación hereditaria, misma que se define de la siguiente forma:

Es "El llamamiento virtual que por ministerio de ley se hace a todos los que se crean con derecho a una herencia en el instante preciso en que muera el autor de la misma o al declararse la presunción de muerte del ausente."

(23)

(22) *Ibid.* p. 385

(23) *Rojina Villegas, R. O b. cit. p. 217*

A diferencia de la vocación hereditaria que es un llamamiento virtual - tenemos a la delación que es un llamamiento real al que se ha definido de la siguiente manera:

"Delación es la facultad actual y concreta que se ha concedido a una -- persona en virtud de una vocación hereditaria para que acepte o repudie la -- herencia." (24)

Los herederos son adquirentes a título universal, lo que significa que son continuadores del patrimonio del difunto puesto que serán responsables - de esas relaciones activas y pasivas de la herencia, en relación con esto el artículo 1284 del Código Civil establece:

"El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda."

Sobre el heredero, sólo nos resta decir que no debemos confundir el hecho de que sea un continuador del patrimonio del difunto con la personalidad de éste último, ya que como se dijo con anterioridad, ésta se extingue con la muerte de aquel y solamente seguirá existiendo el patrimonio, mismo al -- que se le debe asociar con una persona, ya que en el campo del derecho no -- puede existir un patrimonio, sin la presencia de su titular.

1.4.3. LEGATARIO.

Corresponde ahora, centrar nuestra atención en el legatario, uno más de los sujetos presentes en el Derecho Hereditario, tema al que penetraremos de finiendo en primer término el concepto de legado.

"El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho a favor - de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario - cuyo dominio y posesión se transmiten en el momento de la muerte del testador si se trata de cosa determinada o hasta que éstas se determinen posteriormente." (25)

De esta definición podemos sustraer las principales características de un legatario, y por consiguiente podremos compararlas con las que distinguen al heredero, para establecer claramente sus diferencias.

En primer lugar el legatario va a adquirir siempre a título particular mientras que el heredero lo hace a título universal; esto significa que el bien derecho o servicio que adquiere el legatario deberá estar plenamente determinado o susceptible de determinarse. Por otra parte el legatario no responde por las relaciones patrimoniales activas y pasivas del autor de la herencia, a diferencia del heredero que es un continuador del patrimonio del de "cujus", y dichas relaciones se le transmiten íntegramente.

Una diferencia más entre estos dos sujetos es que los legados se instituyen solamente por testamento, mientras que un heredero puede ser designado por testamento o bien por la propia ley, tratándose de intestado.

Sabemos que el legado es una liberalidad, ya que se trata de una transmisión a título gratuito, pero a pesar de esto, se habla de la existencia de legados gratuitos y onerosos; lo anterior podría crear una confusión -- pues pareciera que existe una contradicción en esto, y acerca de si el legado es o no gratuito, por ésta razón consideramos pertinente la siguiente aclaración:

El legado constituye una liberalidad, de ahí que se le considere gratuito, pero se le llama oneroso solamente cuando esta sujeto a una carga o gravámen cuyo valor siempre será menor al del legado. lo que demuestra que siempre existirá un valor gratuito que se le transmite al legatario.

Un aspecto relevante en relación a este tema, es determinar que cosas son o pueden ser objeto de un legado, aunque ya se ha hablado de que puede consistir en un derecho, un bien o un hecho a favor de cierta persona, sin embargo consideramos oportuno citar lo que a este respecto manifiesta Antonio de Ibarrola:

"Todas las cosas susceptibles de propiedad particular y transmisibles pueden ser objeto de legado."(26)

"El legado puede consistir en la prestación de una cosa o de un servicio hay legados de dar y de hacer. Los legados de dar tienen por objeto la transmisión del dominio, del uso o del goce de una cosa. Los de hacer implican una obligación impuesta a un heredero o a un legatario para cumplir un servicio en favor del legatario instituido."

(24) Aroe y Cervantes, *J. O b. cit.* p. 172

(25) Rojina Villegas, *R. O b. cit.* p. 87

(26) Ibarrola, Antonio de. *O b. cit.* p. 836

"Los legados de hacer suponen que la prestación sea posible y lícita.-
Los de dar suponen las siguientes condiciones."

"a) La cosa debe existir en la naturaleza: de lo contrario existirá una imposibilidad de transmisión."

"b) Debe existir en el comercio: sólo lo que está en el comercio puede ser objeto de transmisión: lo que está fuera de él no podría adquirirlo el heredero ni el albacea, porque la ley declara tales bienes inalienables."

"c) La cosa debe determinarse o ser susceptible de determinarse: si el legado se hace de más, por ejemplo, carece de determinación y se vuelve inexistente, el heredero podría liberarse de él entregando un grano: por ello la ley lo declara inválido." (27)

La normativa aplicable al legado, será la misma que para el heredero desde luego, esto se dará en aquellas situaciones en que se adecuen a aquel.

Finalmente señalaremos que el legado en cuanto a su clasificación presenta varias formas que en esta ocasión no serán objeto de nuestro estudio - debido a que es un tema que presenta un contenido muy amplio y como ya señalamos con anterioridad, sólo nos limitaremos a resaltar las principales características de los principales sujetos del Derecho Hereditario.

1.4.4. ALBACEA.

Hemos llegado al final de este capítulo y como último punto a tratar en él, se encuentra el tema del albacea, persona que juega un papel muy importante en el Derecho Sucesorio, debido a que es quien el autor de la herencia encomienda un buen desarrollo del proceso sucesorio cuando se trata de una sucesión testamentaria, aunque no siempre es designado por el de "cujus" a través de su testamento, ya que en otras ocasiones es nombrado por los herederos, por mayoría de votos o bien por el juez en caso de que los herederos no se pongan de acuerdo.

Para introducirnos plenamente en este tema, es importante abarcarlo desde el origen de la palabra albacea, para que a partir de ahí, iniciemos el desarrollo de sus principales características.

"La palabra albacea viene del árabe "al waci". En el derecho español -- antiguo se le llama "cabzalero" o "mensesor".

(27) *Ibid.* p. 837

"En otros países, cuando se trata de sucesión testamentaria, se le llama "ejecutor testamentario", nombre que también usa nuestra legislación."

(28)

Una vez definida la palabra albacea, daremos paso a la definición actual de dicho sujeto en los siguientes términos:

"Es la persona designada por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y -- ejercitar todas las acciones correspondientes al de "cujus", así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y -- división de la herencia." (29)

Una vez que ha quedado claro quien es el albacea, debemos establecer -- qué personas pueden ostentar este cargo. Como primer requisito deberá ser -- una persona capaz, que puede disponer de sus bienes y que no tenga los impe- dimentos a que se refiere el artículo 1680 del Código Civil, que a conti-- nuación citamos:

"No pueden ser albacea, excepto en el caso de ser herederos únicos:

- I.- Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el -- lugar en que se abre la sucesión;
- II.- Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea;
- III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad;
- IV.- Los que no tengan un modo honesto de vivir."

En cuanto a las principales características de esta figura en el Dere-- cho Hereditario, se encuentran las siguientes:

Primeramente es un cargo voluntario, en el que el designado puede acep-- tar o renunciar al mismo, es un cargo personalísimo, motivo por el cual el albacea no podrá delegarlo a nadie, es renunciable, lo que significa que si en determinado momento el albacea ya no puede seguir en el cargo por alguna causa justificada, puede renunciar a él, una más de sus características que es un cargo al que se le asigna siempre una retribución o algún beneficio -- esto significa que el cargo no es gratuito.

(28) Arce y Cervantes, J. O b. cit. p. 184

(29) Rojina Villegas, R. O b. cit. p. 175

Estas son algunas de las características que distinguen al albacea como uno de los principales sujetos en el Derecho Hereditario, para continuar ahora con las diferentes clases de albacea que existen en nuestra legislación, por lo que haremos referencia a José Arce y Cervantes, en relación a este tema.

"TESTAMENTARIOS - Es designado por el testador, quien puede nombrar uno o varios; de aquí se desprende que pueden ser mancomunados, en cuyo caso -- 'Si el testador dispuso que se ejerza de común acuerdo, sólo valdrá lo que todos hagan de consuno; lo que haga uno de ellos autorizado por los demás o lo que acuerde el mayor número en caso de disidencia o lo que decida el juez si no hubiere mayoría', (1693)."

"SUCESIVOS - Si no lo dispuso, el cargo será ejercido por cada uno de ellos en el orden en que hubieren sido designados. Dentro de esta clasificación están los universales y los especiales, que también son designados en el testamento. Los primeros tienen la administración general de la herencia y el cumplimiento de la voluntad del testador. Los especiales en cambio sólo se encargan de cumplir una parte del testamento."(30)

"LEGITIMO - Es aquel que designan los herederos por mayoría de votos, y se instituye cuando el testador no lo hubiere designado o el que nombro no desempeña el cargo tal como lo establece el artículo 1682."

"DATIVO - Si no hubiere mayoría en el caso del artículo 1682, el albacea será nombrado por el juez entre los propuestos.(1684). Si no hubiere heredero o el nombrado no entrare en la herencia y no hubiere legatarios,(1688) el juez nombrará albacea." (31)

Una vez señaladas las principales clases de albacea existentes en nuestro derecho, pasaremos a enunciar las funciones que desempeña el albacea al ejercer su cargo, haciendo la aclaración de que sólo se enunciarán dichas funciones, pues ya con anterioridad hicimos referencia a ellas al hablar de las disposiciones comunes a las sucesiones, de esta forma tenemos, que dentro de las obligaciones del albacea están las siguientes:

(30) Arce y Cervantes, J. O b. cit. p. 189

(31) Ibid. p. 190

- La presentación del testamento.
- El aseguramiento de los bienes.
- La formación de inventarios.
- La administración de los bienes y la rendición de cuentas del albaceazgo.
- El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.
- La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.
- La defensa en juicio y fuera de él así de la herencia como de la validez del testamento.
- La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra ella.
- Las demás que le imponga la ley.

Para finalizar este tema del albaceazgo, y el primer capítulo de este -- trabajo, haremos alusión a la forma en que termina éste cargo, citando para - ello el artículo 1745 del Código Civil.

"Los cargos de albacea e interventor acaban:

- I.- Por término natural del cargo;
- II.- Por muerte;
- III.- Por incapacidad legal declarada en forma;
- IV.- Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública;
- V.- Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo;
- VI.- Por revocación de su nombramiento, hecha por los herederos;
- VII.- Por renoción."

CAPITULO II

DE LA SUCESION LEGITIMA

2.1. CASOS EN LOS QUE SE PRESENTA LA SUCESION LEGITIMA.

Corresponde ahora el desarrollo más detallado de los casos en que tiene verificativo la sucesión legítima, para lo cual, debemos hacer alusión al artículo 1599 del Código Civil Vigente, que señala en sus diferentes párrafos - cada una de las situaciones que dan origen a la legítima.

La sucesión legítima se abre:

I.- Cuando no hay testamento o el que se otorgó es nulo o perdió validez. Como ya se expuso en el capítulo anterior, la primera parte de este artículo no representa ningún problema para su total entendimiento, puesto que es obvio que si al fallecer una persona no deja estipulada su última voluntad a través de un testamento, tendrá forzosamente que abrirse la sucesión legítima para determinar la forma en que será distribuido ese patrimonio.

Por lo que se refiere al testamento que es nulo o perdió su validez, haremos alusión al tema de las nulidades, y por consiguiente a la pérdida de validez del testamento. En el capítulo anterior hicimos referencia al acto jurídico, manifestando que el propio testamento lo es, y por consiguiente algunas de las disposiciones aplicables al acto lo son también al testamento.

Ya se ha mencionado que para que un acto jurídico exista, deberá reunir los elementos de existencia que conocemos como el consentimiento y el objeto, aunados a los requisitos de validez que le permitirá producir plenamente sus efectos; dichos requisitos son los siguientes: La capacidad legal de las partes, la ausencia de vicios del consentimiento y la forma establecida por la ley para manifestar ese consentimiento y la licitud en el objeto motivo o fin, todo ésto interpretado desde luego a "contrario sensu".(art. 1795 C.C.)

Si en un acto jurídico están presentes los elementos de existencia, pero no los requisitos de validez, dicho acto existirá, pero afectado de nulidad, es conveniente señalar que existen dos clases de nulidad, la absoluta - que por regla general no impide que el acto produzca sus efectos, los cuales se destruirán retroactivamente cuando la nulidad sea producida por un juez.

Esta nulidad no desaparece por confirmación o prescripción y puede hacerla valer todo interesado. En cambio la nulidad relativa, es aquella que no reúne las características propias de la absoluta, siempre permite que se produzcan provisionalmente los efectos del acto, puede provenir de la incapacidad de las partes por vicios de la voluntad o falta de formalidades en el acto.

Con el planteamiento general que hasta ahora hemos llevado a cabo, consideramos conveniente señalar las diferentes causas que provocan la nulidad de un testamento:

"a) NULIDAD DEL TESTAMENTO - El testamento puede declararse nulo en -- aquellos casos en que no se cumpla con los requisitos que la ley exige para ese tipo de acto, y aplicando las nociones de los contratos conforme autoriza el artículo 1859, del Código Civil, se tendrá:."

"a' NULIDAD POR FALTA DE CAPACIDAD - Es indudable que si una persona - otorga su testamento y es menor de dieciseis años, este testamento será nulo pues la ley le confiere capacidad para verificarlo sólo a los mayores de dieciseis años."

"b' NULIDAD POR FALTA DE VOLUNTAD LIBRE - El testamento, entre sus características tiene la de ser un acto libre, y si se otorga bajo error o violencia, entonces ese acto tendrá que ser declarado nulo por el juez."

"Y la consecuencia de esa declaración judicial de nulidad del testamento es destruirlo, y al destruirlo se vuelve a la hipótesis de que el testamento en realidad no lo fué y no dispuso de sus bienes, por lo cual debe abrirse la sucesión legítima."

"c' NULIDAD POR OBJETO, MOTIVO O FIN ILICITO - De igual manera que un contrato, puede en un testamento hacerse la institución de heredero o herederos, buscar un objeto, motivo o fin ilícitos, pero aquí no sucede exactamente igual que en los contratos. Si en un contrato se busca un objeto, motivo, o fin ilícito el contrato es declarado nulo, y en cambio aquí en esta materia el juez sólo declara nula la institución del o de los herederos, en tan-

to que subsiste el resto del testamento, como puede ser lo relativo a los legatarios, y a la declaración o cumplimiento de deberes. Pero de ser declarada nula la institución del o de los herederos por ese motivo o fin ilícito - la consecuencia es que se abre la sucesión legítima respecto de los bienes - que por testamento se les hubiera dejado."

"d' NULIDAD POR FALTA DE FORMA - Por último, siendo el testamento un acto formal, resultará indudable que si se otorga un testamento sin cumplirse con lo que dispone la ley sobre la manera de externar la voluntad del autor de la herencia el testamento será nulo y su consecuencia es que se declarará abierta la sucesión legítima." (32)

Pasamos ahora al análisis de un testamento que perdió su validez, creemos importante señalar lo siguiente; encontramos confuso el término de 'perdió su validez', porque en este aspecto la ley no es muy clara al manifestar que un testamento que en un principio es válido, posteriormente pierde su validez, la confusión para nosotros estriba en que al constituirse un testamento que reúne en su calidad de acto jurídico los elementos de existencia - y los requisitos de validez, tendrá por lógica todos los componentes necesarios para existir y posteriormente producir sus efectos, de ahí que resulta contradictorio el hecho de que en el artículo 1599 del Código Civil, se establezca en la parte final de la primera fracción, el texto de que un testamento pierde su validez, ya que se sobrentiende que ese acto jurídico era plenamente válido antes de que se determinara lo contrario. Sin embargo, buscando una explicación a nuestra duda encontramos lo siguiente:

"El Código Civil menciona que un testamento válido puede posteriormente perder su validez, ello va en contra de la teoría general de las nulidades, que atiende al momento de la celebración del acto para calificar la validez o nulidad del mismo. Un testamento válido al momento de su celebración puede perder su eficacia pero no su validez, como en los casos de caducidad o inoficiosidad." (33)

Hasta aquí damos por terminada la explicación de la primera fracción - del artículo 1599, para continuar con la siguiente, como una más de las causas que dan origen a la legítima,

(32) Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*, Edic. 2a. Ed. Cajica, México. 1983. p.p. 614-615.

(33) Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalva Buenrostro B. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Edic. 1a. Ed. Harla. México, 1990. p. 179.

Cuando hablamos de un patrimonio, llega a nuestra mente la idea de que éste es un conjunto de bienes, sin embargo debemos considerar que además de éstos, se encuentran incluidos en él una serie de obligaciones a cargo del titular del mismo, así como un conjunto de derechos a favor de éste último. Al unirse estos tres elementos, es decir los bienes, los derechos y las -- obligaciones, estaremos hablando de un patrimonio.

En la práctica diaria, se presentan casos en los que el autor de la herencia al dictar su testamento, no incluye en él la totalidad de sus bienes es en este caso cuando estamos ante una sucesión mixta. Dicho nombre se atribuye a aquellas sucesiones en las que están presentes tanto un intestado como un testamento.

Lo anterior, significa que en su disposición de última voluntad, el de "cujus", no contempló todos sus bienes, lo que dará origen al surgimiento de la sucesión legítima, respecto de esa parte de su patrimonio que no incluyó en el testamento.

Pasando a otra más de las fracciones del artículo 1599, nos encontramos con la que versa sobre los casos en que no se cumpla la condición impuesta al heredero o a alguno de ellos en el caso de que sean varios, como primer punto a tratar en este tema, tenemos lo referente al concepto de condición, mismo que es pertinente definir para que partamos de una base que nos permita comprender mejor este tema, que es una causal más de la apertura de la sucesión legítima.

"La condición es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende el nacimiento de una obligación o su extinción." (34)

Uno de los principios fundamentales en un testamento, es sin duda alguna la facultad que posee el testador de disponer de su patrimonio en la forma que más le convenga, esto desde luego dentro del marco del derecho. Al poder ejercer esta soberanía sobre su patrimonio, tiene también la libertad de incrustar dentro de su testamento una condición a cargo de una persona determinada, que en este caso puede ser uno de los herederos o quizás un legatario.

Dicha condición tiene que ser cumplida por la persona asignada por el testador, para que de esta forma se le otorgue la herencia o legado, dependiendo del caso.

(34) *Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Edic. 14a. Ed. Porrúa. México, 1986. p. 302.*

Por otro lado es importante considerar que en ciertas ocasiones el testador tiene motivos especiales que lo orillan a subordinar la atribución de su patrimonio a sus herederos, es decir, que esta atribución no es libre -- sino que depende de la realización de esa condición.

Si la condición de que se trata no se lleva a cabo por las personas designadas para ello, se dará origen a la apertura de la sucesión legítima -- respecto de los bienes que estaban asignados a los herederos sujetos a condición.

Finalmente llegamos a la última fracción del artículo analizado hasta el momento, la cual habla acerca del caso en que el heredero muera antes -- que el testador, repudie la herencia o sea incapaz de heredar si no se ha -- nombrado sustituto, a este respecto sólo expondremos que en el capítulo anterior se hizo un breve análisis de esta causal, por lo que únicamente señalaremos que si el testador no nombró a otra persona para que entrara en -- el lugar del primer heredero designado, para el caso de que éste último por alguna de las causas que establece la ley no recibiera la herencia, es entonces cuando se abrirá la legítima, respecto de la parte alcuota correspondiente a ese heredero.

2.2. PERSONAS QUE SON LLAMADAS A HEREDAR CONFORME AL CODIGO CIVIL VIGENTE.

Nuestro sistema jurídico está sustentado y tiene sus orígenes en el Derecho Romano, es por esta razón que creemos conveniente hacer referencia a la forma en la que ellos hacían la clasificación de sus herederos, para que de esta manera tengamos un marco de comparación entre éstos últimos y nuestro sistema jurídico actual.

"El origen del sistema de sucesión legítima, se encuentra en el Derecho Romano, en donde se distinguen tres clases de herederos: Herederos sui; Herederos voluntarios y Herederos necesarios."

"1.- Eran herederos sui los sujetos a la patria potestad del pater que fallecía y que por ese hecho quedaban sui-juris."

"2.- Eran herederos voluntarios los extraños señalados por el testamento del pater, ajenos a su familia."

"3.- Era heredero necesario el esclavo, cuando su dueño no tenía otros herederos y se requería de que alguno cuidara del culto familiar, heredar -- era obligatorio."

"Desaparecido el sistema romano, se consideró como un deber natural que el padre dejara a sus hijos, cónyuge y ascendientes los bienes que en alguna medida todos habían contribuido a formar."

"Para conservar la organización económica basada en la organización familiar, se instituyó el mayorazgo, que consistía en la forma obligatoria de transmitir la herencia al hijo mayor." (35)

Después de haber recordado en forma breve la manera en que se distribuía el patrimonio entre los romanos, estudiaremos el mismo tema, pero ahora - en el marco del Derecho Civil Vigente, siguiendo estrictamente lo establecido por este ordenamiento en su artículo 1602:

"Tiene derecho a heredar por sucesión legítima:

I.- Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y en ciertos casos la concubina;

II.- A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública."

Lo señalado en este artículo nos demuestra claramente que la herencia - del de "cujus", será adjudicada a favor de aquellas personas que tuvieron -- con él una relación de parentesco, matrimonio o concubinato.

Es evidente que la ley establece este orden para suceder al de "cujus"- basándose en los sentimientos de afecto, cariño, amor, etc., que unió al autor de la herencia con todos y cada uno de los miembros de su familia.

Los diferentes grados o preferencias en cuanto a la adjudicación de la herencia a determinados parientes se da naturalmente, en razón de que son -- los hijos y el cónyuge o la concubina quienes tienen una relación más estrecha e importante con el fallecido. Después de éstos últimos vendrán los demás familiares que también tengan derecho a la masa hereditaria, pero lógicamente esto se verificará a falta de los primeros. No debemos olvidar que - en Derecho Sucesorio, existe un principio que reza; 'los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos'.

El derecho a la herencia se concibe de muy diversas maneras, dependiendo del punto de vista de cada uno de los llamados herederos legítimos, razón por la cual a continuación haremos incapié en esta idea.

HERENCIA DE LOS DESCENDIENTES - Basándonos en el principio ya establecido de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, tenemos - que son los hijos del de "cujus" los que van a excluir a los nietos, bisnie-

tos, y así sucesivamente, esto quiere decir que el derecho de aquellos, es superior al de los demás descendientes.

En cuanto a la porción de la herencia que le corresponde a dichos herederos, será dividida en partes iguales y serán tantas partes como hijos del de "cujus", atendiendo lógicamente a que si éstos concurren con el cónyuge o concubino, corresponderá al mismo una porción igual a la de aquellos.

HERENCIA DE LOS ASCENDIENTES - A falta de descendientes, la ley establece que el turno a heredar corresponde a los ascendientes, los cuales --verán nacer su derecho cuando por alguna causa los hijos del autor de la herencia no la reciban, ya sea por razones de muerte, de incapacidad para heredar o bien porque hayan repudiado la herencia.

Pero en el caso de que no tenga lugar ninguna de las situaciones anteriores y los descendientes sí reciban la parte que les corresponde de la herencia, entonces los primeros sólo tendrán derecho a percibir alimentos.

El Código Civil determina en su artículo 1615, lo siguiente: Que a --falta de descendientes y de cónyuge, heredarán los padres del de "cujus"-- en este caso la herencia se dividirá en partes iguales aplicándose cada --una de ellas a los padres de éste último, y si sólo sobreviviera uno de --ellos, la herencia en su totalidad se aplicará al que esté vivo. Aquí también se aplica el principio de que los padres excluyen a los abuelos, bisabuelos, etc. como principales familiares con derecho a la masa hereditaria.

HERENCIA DEL CONYUGE - Uno de los aspectos más relevantes en este tema es que el cónyuge del de "cujus" es el único familiar considerado en todos los ordenes establecidos por la ley para recibir la herencia, razonamiento que encontramos lógico por la estrecha relación que esta persona tenía con el autor de la sucesión, ya que junto con los hijos del mismo, formaron parte fundamental no sólo de su familia, sino de sus afectos más importantes -previéndose además la posibilidad de que a falta del cónyuge están los hijos y viceversa.

Cabe señalar que en la actualidad, nuestras leyes equiparan los derechos sucesorios del cónyuge con los del concubino, puesto que basta con que éste reúna ciertos requisitos, para que nazca su derecho a la herencia. Sin embargo también el cónyuge debe tener ciertas condiciones que le permitan -

hacerse acreedor a su parte en la sucesión, de esta forma, tenemos que entre el cónyuge y el de "cujus" no debe existir separación personal, es decir que deben vivir juntos antes del fallecimiento del autor de la herencia, además de este requisito existe otro que señala que el cónyuge para poder heredar - no debe tener bienes propios y si los tiene, éstos no deben ser superiores a la porción que le correspondería si concurriera con los hijos, art. 1624 del Código Civil Vigente.

Por lo que respecta al concubino, deberá reunir ciertas condiciones para tener derecho a la herencia, a este respecto tenemos lo siguiente:

"a) Que se trate de una pareja monogámica; esto es que la mujer tenga - un solo hombre y el hombre una sola mujer; de lo contrario ninguno de ellos tendrá derecho a ser considerado concubino."

"b) Que hayan vivido como marido y mujer bajo el mismo techo en los cinco años anteriores al fallecimiento del autor de la sucesión o bien."

"c) Que aunque no hayan transcurrido cinco años, hayan tenido hijos de su unión." (36)

En relación a la porción que le corresponde al cónyuge o concubino que es llamado a heredar, será igual a la que recibe un hijo, diferente será la situación si en lugar de concurrir con los hijos del de "cujus", lo hace con los ascendientes de éste, pues en tal caso la herencia se dividirá en dos -- partes iguales, aplicandose una de ellas al cónyuge o concubino y la otra a los padres del fallecido.

Si concurre con los hermanos del autor de la herencia, entonces recibirá dos tercios de la herencia y el tercio restante lo recibirán aquellos.

Si faltaren descendientes, ascendientes y hermanos del de "cujus", el - cónyuge o concubino sucederá en todos los bienes al autor de la herencia.

SUCESION DE LOS COLATERALES - Por orden de exclusión, concurren en tercer lugar al llamamiento a la herencia los hermanos y demás herederos colaterales del de "cujus", tal como lo establece el artículo 1630 del multicitado Código Civil.

"Si sólo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales"

Y el artículo 1631 establece:

"Si concurren hermanos con medios hermanos, aquellos heredarán doble -- porción que éstos."

SUCESION DEL CONCUBINO - En relación con este tema, sólo agregaremos que si concurren varias concubinas o concubinarios a recibir la herencia, ninguno de ellos heredará, puesto que debe respetarse el principio de que la pareja - debe ser monogámica.

SUCESION DE LA BENEFICENCIA PUBLICA - Finalmente llegamos al último heredero establecido por el Código Civil, quien recibirá la herencia íntegra, en el caso de que no existan los familiares señalados en los cinco órdenes anteriores, nos referimos a la Beneficencia Pública, que será la heredera universal en caso de que acontezca lo ya señalado.

2.3. DIVERSOS SISTEMAS PARA HEREDAR EN NUESTRO DERECHO CIVIL VIGENTE.

Siguiendo el orden establecido en nuestro capitulo, corresponde ahora citar las tres formas de heredar en nuestro derecho, y que son conocidas como sucesión por cabezas, por estirpes y por líneas.

Estas formas de adquirir la herencia, están sustentadas en varios principios, siendo uno de los más importantes el que ya señalamos con anterioridad y que se refiere a que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, otro de los principios es el que señala que sólo hay herencia legítima - por consanguinidad y por adopción, finalmente un tercer principio establece que en nuestro derecho no está contemplada la herencia legítima por afinidad.

Con relación a este tema, haremos referencia a lo que al respecto establece Rafael Rojina Villegas:

"Herencia por cabezas - La herencia puede ser por cabezas; por líneas y por estirpes o derecho de representación."

"Se dice que hay herencia por cabezas cuando el heredero recibe en nombre propio; es decir que no es llamado a la herencia en representación de otro. La herencia por cabezas la tenemos en todos los hijos, en los padres y en los colaterales. Pero en los descendientes de segundo o ulterior grado y en los sobrinos la herencia es por estirpes."

(36) *Ibid.* p. 360

"Herencia por líneas - La herencia por líneas se presenta en los ascendientes de segundo o ulterior grado; es decir, procede respecto de los abuelos, bisabuelos, etc. Los padres o ascendientes de primer grado no heredan por líneas, sino por cabezas. La herencia por líneas se caracteriza en que se divide en dos partes; herencia paterna y materna; independientemente de que en una línea haya diferente número de ascendientes que en la otra. No importa que en la línea paterna sólo haya un abuelo y en la materna los dos abuelos. La herencia se divide en dos partes, y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea. En el ejemplo propuesto, para la línea paterna recibirá el abuelo la mitad de la herencia, y en la línea materna cada abuelo recibirá la cuarta parte."

"Herencia por estirpes - La herencia por estirpes es la que presenta mayores dificultades en su régimen, dando derecho a la herencia por representación. Podemos definirla de la siguiente manera: Hay herencia por estirpes cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. Este sería el concepto más general. El hijo puede entrar a heredar en representación de su padre, cuando éste ha muerto antes que el de "cujus". Se presenta la herencia por estirpes en la línea recta descendiente sin limitación de grado; en la línea recta ascendente nunca puede ocurrir; es decir el bisabuelo no representa al abuelo cuando éste murió antes que el autor de la sucesión, sino que heredará por líneas, cuando no exista el abuelo, y a su vez no haya padres, ni descendientes. En cambio, en línea recta descendiente sí hay derecho de representación, sin limitación de grado. Quiere esto decir que el hijo representa a su padre, si éste muere antes que el de "cujus" o el nieto representa a su abuelo si a su vez murieron su padre y su abuelo o bien el bisnieto puede heredar por estirpes si a su vez murieron su padre su abuelo y su bisabuelo." (37)

(37) *Rojina Villegas, R. O b. cit. p. 410-411*

CAPITULO III

DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

3.1. CONCEPTO DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

Iniciamos el capítulo correspondiente a la inseminación artificial, tema que de ahora en adelante, será el centro de atención en este trabajo, -- puesto que además de ser el que da nombre al mismo es la base sobre la cual haremos nuestra propuesta.

Consideramos que para dar inicio a este tema, lo más conveniente es hacer alusión al concepto o definición de la inseminación artificial, por lo que al respecto tenemos lo siguiente:

"La inseminación artificial se define, como el depósito del eyaculado en el aparato genital de la mujer, sin efectuar contacto sexual." (38)

Es conveniente mencionar que el término inseminación artificial es incorrecto, ya que en términos médicos el más adecuado es el de inseminación terapéutica, concepto que utilizaremos indistintamente con el primero para efectos de éste trabajo. Pese al comentario anterior, sabemos que la última denominación a la que hemos hecho referencia casi no se utiliza, ya que el uso ha hecho perdurar la primera.

Por otro lado, es muy común que se confundan los términos de inseminación con el de fecundación, lo que provoca que en ocasiones sean manejados indistintamente por aquellas personas que no tienen un conocimiento pleno sobre la materia, por esta razón, haremos referencia a las dos definiciones: -

"Inseminación es el depósito del semen dentro de la vagina." (39)

Mientras que fecundación se define en los siguientes términos: "Acción y efecto de unirse el espermatozoide con el óvulo maduro para dar origen al nuevo ser." (40)

(38) Pérez Peña, E. *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*. Edic. 1a. Ed. Salvat. México, 1981. p. 407

(39) *Diccionario de las Ciencias Médicas Dorland*, Edic. 7a. Ed. El Ateneo, Barcelona. 1981. p. 731.

Para muchas personas, éste es un tema desconocido, e inclusive la mayoría piensa que la inseminación artificial sólo se lleva a cabo en países altamente desarrollados y a través de tecnología muy avanzada. Aunque este comentario no está muy alejado de la realidad, también es cierto que la inseminación artificial se practica en muchos otros países que no son altamente desarrollados.

En la actualidad la inseminación terapéutica es uno de los métodos que se utilizan en el tratamiento de parejas estériles o infértiles, que de otra manera no podrían formar una familia. Cabe señalar que en esta investigación no se hará referencia detallada de los trastornos o problemas físicos que -- dan lugar a que las parejas con problemas de reproducción se sometan a esta práctica, solamente señalaremos que el empleo de este tratamiento se lleva a cabo cuando un miembro de la pareja o en ciertos casos ambos, presentan incapacidad física para reproducirse normalmente.

Aunque en la práctica de este método existen todavía muchas fallas, se sabe que su demanda ha ido en aumento, llegando inclusive a provocar la disminución del número de niños adoptados.

Este hecho es perfectamente comprensible si tomamos en cuenta que para cualquier pareja es mucho más aceptable el que por lo menos puedan tener un hijo de alguno de los dos y que así, este niño tenga un parecido físico ya sea con la madre o con el padre, lo que no ocurrirá en el caso de una adopción.

3.2. DIVERSAS CLASES DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología ha permitido al ser humano avanzar en muchos campos, no sólo en el de la medicina, pero particularmente en ésta última, es donde se han verificado logros verdaderamente sorprendentes, y concretándonos al tema de la inseminación terapéutica, podemos decir que se han dado pasos agigantados en su aplicación, pues lo que hasta hace algunos años era una simple utopía, actualmente es una realidad.

La existencia de la inseminación artificial, se remonta a miles de años atrás, por esta razón, antes de profundizar en el tema relativo a las distintas clases de inseminación que se conocen, haremos una breve semblanza de -- los antecedentes de la misma.

(40) *Diccionario de Ciencias Médicas* Orlano. O b. cit. p. 524

Se sabe que desde tiempos remotos se llevó a la práctica en las plantas de dátiles que requerían de la mano del hombre para que pudieran dar frutos. También hay antecedentes de que entre los árabes se llevó a cabo con animales, concretamente con yeguas, ésto aproximadamente entre los años 1300 a -- 1332.

En cuanto a la inseminación artificial practicada en el hombre, se sabe que la primera inseminación exitosa se atribuyó a varios investigadores pues no se sabe a ciencia cierta quien de todos la llevo a cabo primero. Sin embargo sabemos que en la última década del siglo XVIII, John Hunter realizó una inseminación artificial experimentando con un hombre que padecía hipospadias, éste procedimiento consistió en reunir el semen emitido durante el cóito recién efectuado y con una jeringa especial inyectado profundamente en la vagina de una mujer.

A pesar de esta referencia, Valensin sostiene que el primer caso de inseminación exitosa se debió a Thouret, quien la practicó en su propia esposa mediante la inyección intervaginal de semen colocado en una jeringa logró el embarazo de su esposa y el nacimiento de un hijo.

Con estas referencias históricas nos damos cuenta de que pese a lo que muchos piensan, la inseminación terapéutica no es un tratamiento nuevo en el campo de la medicina, ya que se ha venido experimentando quizá en forma rudimentaria y muchas veces sin éxito, pero desde hace muchos años, y no sólo -- eso sino que con el tiempo y con los avances de la tecnología actualmente -- existen muchas formas de aplicarla. A continuación haremos referencia a las diferentes formas en que se lleva a cabo éste tratamiento, aclarando de ante mano que la clasificación que haremos no es la única, puesto que la inseminación terapéutica ha sido clasificada desde muchos puntos de vista, entre -- ellos el de la técnica que se va a utilizar en su aplicación, o bien dependiendo del tipo de gametos que se usen en el tratamiento ya sea de donadores o de los propios interesados etc.

3.2.1. IN VITRO.

Puede decirse que es ésta, la primera realizada con gran éxito, ya que verdaderamente asombró a la humanidad, pues debido a la gran difusión que le dieron los medios de comunicación en esos años, casi todo el mundo se enteró de este acontecimiento tan importante para la ciencia; esto influyó en gran medida para que se le diera un realce espectacular al logro obtenido por los

médicos Steoptoe y Edwards, quienes en el año 1978 en Inglaterra, [lograron el nacimiento por cesárea de una niña completamente normal].

"Este método consiste en la fecundación de ovocitos humanos en el laboratorio transfiriendo posteriormente los embriones al útero materno." (41)

En otras palabras puede definirse como: "Transplantar un embrión humano preimplantado después de obtener un embrión por fertilización extracorporal en cultivo de tejido." (42)

3.2.2. INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.

Es aquella que tiene verificativo cuando se pone en práctica utilizando semen del esposo. La técnica de esta inseminación consiste en la introducción de un tubo muy fino en la vagina a la cual se le inyecta con una jeringa el eyaculado obtenido por masturbación del esposo.

"Esta inseminación suele emplearse empíricamente cuando no se conoce la causa de la infertilidad; la incapacidad del cónyuge de hacer que el semen penetre en la vagina constituye una inseminación terapéutica evidente por él. Estos trastornos pueden consistir en defectos anatómicos del pene, "causas neurales de eyaculación retrógrada" o "disfunciones psicosexuales", (eyaculación prematura refractaria, trastornos de erección o de eyaculación). Los volúmenes bajos de semen pueden impedir que los espermatozoides móviles se aproximen al agujero cervical externo. Problemas de la mujer incluyendo "vaginismo", "tabique vaginal", "prociencia intensa uterina o "vesical", pueden también ser motivo de inseminación terapéutica con esperma del marido." (43)

3.2.3. INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.

Una vez que se ha diagnosticado a la pareja la esterilidad por parte de alguno de ellos, se requiere elaborar un profundo estudio que permita establecer cual sería la solución más viable para el problema en particular. Si se da el caso de que sea el varón quien esté impedido para procrear, se tendrá como posible solución al problema, la aplicación de la inseminación terapéutica heteróloga, la que en pocas palabras consiste en fecundar a la mujer con esperma de un donador.

Cabe señalar, que la selección de donadores se lleva a cabo bajo estricto control, ya que debe ser una persona que reúna gran cantidad de requisitos tanto físicos como psicológicos etc. Se elabora una historia clínica del donador, en la que además de cuestionarsele sobre sus antecedentes familiares, se le pregunta cuales han sido las enfermedades que ha padecido, los antecedentes familiares que se manejan, abarcan hasta dos generaciones atrás, además de la historia médica de los hermanos del donador, de los hermanos de sus padres, hábitos personales, historia genética, historia sexual etc.

A pesar de todas las precauciones que se toman a este respecto, la aplicación de la inseminación artificial heteróloga puede traer consecuencias tanto a corto como a largo plazo, es importante mencionar que tanto la identidad del donador como la de la pareja solicitante queda en el anonimato ya que ninguna de las partes debe saber el nombre de la otra, ni ningún otro dato que pueda llevarlos a localizarse posteriormente.

Entre las posibles consecuencias que acarrearía ésta práctica, tenemos las siguientes:

"1. COMPLICACIONES RELACIONADAS CON LA TECNICA DE INSEMINACION ARTIFICIAL HETEROLOGA. (AID)

A) Infección:

- 1.- Local
- 2.- General (enfermedad inflamatoria pélvica)

B) Complicaciones psicológicas

C) Dolor y molestias

2. COMPLICACIONES RELACIONADAS CON EL RESULTADO DEL EMBARAZO

A) Curso y final del embarazo

B) Malformaciones congénitas

C) Enfermedad genética

D) Peligro de casamientos consanguíneos

E) Peligro de selección o manipulación genética

F) Complicaciones legales." (44)

(41) González Merlo, J.. *Ginecología*. Edic. 5a. Ed. Salvat, Barcelona 1988.-- p. 157.

(42) Stone, Sergio C. *Clínicas Obstétricas y Ginecológicas*. Edic. 1a. Ed. Interamericana. México 1981. p. 697.

3.2.4. ALQUILER DE VIENTRE.

En este caso, es la mujer la que tiene el problema de esterilidad, y como se ha dicho anteriormente, antes de dar una posible solución al problema, se hace una evaluación completa de la pareja y se agotan todos los recursos médicos existentes para lograr un embarazo en la forma normal, si esto no da resultado se recurre al alquiler de vientre, también llamado maternidad subrogada, o bien, se contrata a una mujer que sea madre gestante sustituta. Esta práctica tiene verificativo en los Estados Unidos de Norteamérica, es en ese país en donde existen agencias especializadas en contratar mujeres que aceptan ser sometidas a la inseminación artificial, con el semen de un hombre que no puede tener hijos con su esposa debido a que ésta es estéril o infértil y por esta razón requieren del servicio de otra mujer que este dispuesta a proporcionar tanto el óvulo como su útero o nada más éste último a fin de lograr un embarazo cuyo producto será entregado a la pareja solicitante.

Las personas que intervienen en este tipo de inseminación, firman un contrato en donde se comprometen en primer lugar la pareja solicitante a pagar los gastos ocasionados con motivo del embarazo de la mujer contratada para fungir como madre subrogada, además de una retribución económica a dicha mujer por prestar sus servicios. La pareja solicitante se compromete también a aceptar la responsabilidad que implica el tener un hijo en estas condiciones, independientemente del estado de salud o características físicas que presente el recién nacido ellos se obligan a aceptarlo; se comprometen además a no conocer la identidad de la madre subrogada, mientras que ésta última se obliga a someterse a una evaluación física, genética, psicológica y psiquiátrica, a cumplir con todas las indicaciones médicas durante el programa de inseminación y control prenatal; además de renunciar a sus derechos sobre el recién nacido y a no conocer la identidad de la pareja a la que se le entregará el niño.

3.2.5. TELEINSEMINACION.

Se tienen antecedentes de éste método a partir de la guerra de Corea, continuando su uso en la guerra de Vietnam. Consiste principalmente en la conservación del eyaculado del varón a través de congelación de los espermatozoides.

Se llevó a la práctica con soldados de Estados Unidos de Norteamérica y con el fin de preservar la especie, es decir, cuando los soldados eran enviados a una batalla y tenían el temor de no regresar, solicitaban que se les extrajera semen que después era congelado y enviado a su país para que sus esposas fueran inseminadas con ese semen y de esta forma se pudiera preservar la especie.

Tal como lo establece el maestro Ernesto Gutierrez y González, al analizar la esencia de éste tipo de inseminación, viene a nuestra mente un problema jurídico al que debemos de encontrar una solución adecuada, pues se presenta: a la par de ésta práctica, nos referimos concretamente a la atribución de la paternidad, ya que para otorgarla a determinada persona deberá ser apegándose a lo establecido por la ley en materia de familia.

A reserva de que más adelante nos ocuparemos de este tema en especial, solamente señalaremos que de acuerdo con el Código Civil Vigente, la fracción segunda de su artículo 324 establece que serán considerados como hijos de matrimonio los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, lógicamente en el caso de la teleinseminación no estamos hablando de que el matrimonio haya terminado o se haya disuelto, pero sí estamos ante la separación corporal de los cónyuges o concubinos y en este caso no se da el acceso carnal entre la pareja, por lo tanto aquí se podría impugnar la paternidad invocando el artículo 1325 del citado ordenamiento que establece lo siguiente:

"Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento"

3.2.6. DONACION DE GAMETOS.

Múltiples son las razones que han motivado la existencia de éste tratamiento, pero en términos generales señalaremos que su aplicación se debe a la incapacidad del hombre o de la mujer de producir sus propias células germinales, lo que les impide procrear o concebir un hijo normalmente.

(43) *Ginecología y Obstetricia. Temas Actuales. Vol. IV. Ed. Interamericana - México. 1987. p. 815*

(44) *Clinicas Obstétricas. O b. cit. p. 680*

Como ya se ha mencionado, a cada problema de esterilidad se trata de encontrar una posible solución, y atendiendo a esto, se ha presentado como una opción más para las parejas con éste problema, la práctica de la donación de gametos. Para ello se cuenta actualmente con la existencia de bancos de semen humano que se ha logrado congelar a través de técnicas muy avanzadas en las que se congela material biológico.

Lamentablemente no podemos decir lo mismo de la preservación del gameto femenino, ya que éste presenta mayores dificultades para su conservación, -- actualmente no existe un método totalmente seguro que permita almacenar y -- preservar en buenas condiciones el óvulo, sin embargo no dudamos que este -- objetivo se logrará en un futuro próximo.

A pesar de todas estas dificultades en la donación de gametos, ésta se lleva a cabo, manteniéndose en el anonimato la identidad de los donantes tanto del esperma como del óvulo, éste último es recolectado en forma casual ya que se desconoce la fecha exacta en que será expulsado por el ovario, además de que sólo se libera uno por mes. Este procedimiento es una más de las posibilidades con que cuentan las parejas con problemas de reproducción para poder formar una familia, aunque no debemos olvidar que no todas las parejas -- que se someten a este tipo de tratamientos llegan a terminarlo con éxito, -- pues en muchas ocasiones traerá consigo consecuencias negativas, sin olvidar que también pueden ser llevadas a término con absoluto acierto.

3.2.7. CLONACION.

"La reproducción clónica es una nueva forma de reproducir los seres vivos, y la raíz de esta palabra proviene del vocablo "KLON", cuyas diversas acepciones significan ramita, estaca, "esqueje", o multitud. Ahora se considera clónico a un grupo de células u organismos idénticos o un solo miembro de dicho grupo o multitud propagados a partir de la misma célula corporal."

"Para llevar a cabo la clonificación se necesita primero tener una célula sexual fecundada. Obtenida ésta célula sexual, se procede a extraerle el núcleo; se toma simultáneamente otra célula no sexual, a la cual se le -- extrae igualmente el núcleo, y éste núcleo de la célula no sexual se coloca en el sitio del núcleo de la célula sexual."

"Una vez que ha sido clonificada la célula sexual fecundada, se implanta en el útero, para que ahí continúe su desarrollo como si fuera una fecundación "in vitro."

"Este procedimiento al llegar al final del desarrollo de la célula clonificada, da lugar al nacimiento de un ser idéntico a aquel del cual se tomó el núcleo de la célula sexual."

"Este método de reproducción, de acuerdo al criterio de León Kass traería entre otras ventajas el duplicar individuos geniales o sumamente hermosos para mejorar la especie o hacer más agradable la vida." (45)

Consideramos que esta forma de reproducir al ser humano, traería consigo graves consecuencias de identidad y personalidad entre las personas que así fueran concebidas, además de que ésta práctica representa un gran desafío a la naturaleza, pues consideramos que deben guardarse ciertos límites y no llevar a cabo este tipo de tratamientos que pretenden cambiar totalmente el proceso biológico de reproducción humana.

3.2.8. DONACION O TRANSFERENCIA DE EMBRIONES.

Esta técnica forma parte de la llamada fecundación "in vitro" y consiste básicamente en la implantación de un embrión, es decir de un huevo fecundado dentro del útero sano de una mujer que no puede aportar su propio gameto por padecer algún problema en los ovarios, o alguna malformación en los oviductos, o bien porque ni ella ni su pareja puedan tener hijos viables con sus propios gametos, y por lo tanto requieran la donación de un embrión.

Cabe señalar que el empleo de este tratamiento requiere de técnicas muy avanzadas y de personal altamente especializado. Por lo general es utilizado en parejas estériles desahuciadas por las condiciones de los oviductos y cuya fertilización siempre se ha llevado a cabo con el semen del marido.

Si como ya se ha dicho, se presenta el caso de una mujer estéril pero con el útero sano, ésta inseminación se lleva a cabo solicitando a otra mujer fértil la donación de un óvulo para que éste sea fecundado con el semen del marido de la esposa solicitante, siempre y cuando los espermatozoides de aquel tengan las características apropiadas para ser utilizados, esto quiere decir que estén libres de infecciones virales o bacterianas, ya que de otro modo se tendrá que buscar la donación de un hombre totalmente sano para que sus espermias reúnan las condiciones necesarias para llevar a cabo esta fecundación.

Cabe aclarar que el semen es obtenido por masturbación y mediante centrifugación lenta se le separa del plasma. Existen varios métodos para sustraer el óvulo de la mujer donante, pero entre ellos tenemos el siguiente:

"Se realiza aspirando el oocito con una aguja larga de aproximadamente ocho centímetros de longitud y un milímetro de diámetro interno con una cánula externa en la que embona perfectamente. La aguja se conecta a un aparato de succión suave, con un pequeño frasco colector." (46)

Debemos señalar que una vez obtenido el oocito a través del aspirado -folicular es transportado al laboratorio en donde inmediatamente se inicia la búsqueda del mismo para después mezclarlo con unas gotas de espermatozoides en una placa de petri con un medio de cultivo especial.

El embrión obtenido con este método se vigila estrechamente con microscopio hasta el momento adecuado en que será transferido al útero de la mujer que lo solicitó, de esta forma la mujer infértil pero con útero sano --llevará en su vientre el embrión donado que se desarrollará si todo sale --bien dentro del término normal de gestación, dando a luz un niño que genéticamente no tendrá que ver con ella, pero si le habrá proporcionado el medio para su gestación durante los nueve meses del embarazo hasta llegar al momento del parto.

3.2.9. INSEMINACION ARTIFICIAL POST- MORTEM.

Esta inseminación tiene su origen en la existencia de bancos de semen preservado por congelación, técnica que ha tratado de perfeccionarse a través de métodos especiales que permiten una mayor seguridad en la conservación de los espermias humanos.

Como su nombre lo indica, esta inseminación se lleva a cabo con posterioridad a la muerte del marido, ante éste hecho su viuda solicita ser inseminada con el esperma de su esposo ya fallecido, y ante esta situación estamos en presencia de una inseminación artificial post-mortem.

Desde luego que la práctica de éste método no es tan sencilla como parece, ya que para llevarse a cabo el semen debe ser analizado previamente --es decir, antes de llevar a efecto la inseminación, ésto se debe a que es --

(45) Gutiérrez y González, E. O b. cit. p.p. 642-646

(46) Pérez Peña. E. O b. cit. p.p. 448-454

muy probable que debido al congelamiento a que ha sido sometido el semen, ha ya sufrido daños genéticos o bien que se vea disminuida su capacidad para lograr la fecundación del óvulo, todo esto podría provocar que se dieran anomalías en el producto.

El simple planteamiento de esta inseminación, nos hace pensar inmediatamente en toda la problemática jurídica que trae consigo, y no sólo eso, sino que además al igual que los otros tipos de inseminación se pueden presentar muchos problemas, no sólo de salud física, sino también problemas sociales, morales etc., a los cuales se debe dar una solución satisfactoria, sin embargo, éste trabajo se ocupará de tratar al respecto de este tema, las posibles consecuencias de ésta práctica en materia de paternidad y filiación - tratando de relacionar estos hechos con la sucesión legítima.

3.3. REPERCUSIONES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN LA FILIACION

Antes de dar inicio a cualquier comentario relativo al encabezado del presente apartado, consideramos necesario hacer referencia al concepto de filiación, mismo que servirá como antecedente para establecer las posibles consecuencias que surjan entre éste tema y la inseminación terapéutica.

"Filiación es la relación jurídica creada entre los progenitores padre y madre y su hijo a los cuales la ley atribuye derechos y deberes." (47)

Cabe señalar que la filiación esta estrechamente ligada con la paternidad y aunque estos dos conceptos no son sinónimos, puede decirse que en esencia significan lo mismo, pero vistos desde dos ángulos diferentes, es decir la filiación se ve desde el punto de vista de los hijos, mientras que la paternidad, se observa desde la perspectiva de los padres.

Otro punto importante en este tema, es que tanto la paternidad como la filiación se basan o están sustentadas en el hecho de que exista una filiación biológica, puesto que de ahí, nace el vínculo jurídico que unirá a los progenitores con sus hijos.

Del comentario que antecede, podemos resumir que el hecho de que exista un nexo biológico entre padres e hijos, es un requisito "sine qua non" se podría dar la relación paterno-filial ya que para que esta nazca es esencial la relación genética entre dichos sujetos, lo que motiva el nacimiento de derechos y deberes recíprocos.

Si estamos hablando de que para que exista una relación paterno-filial es necesario un nexo biológico entre las partes, entonces de que manera se podría justificar la existencia de esa relación entre personas que no coinciden genéticamente; tratándose de una inseminación homóloga, no sería difícil solucionar el problema, ya que estamos hablando de que se ha aplicado este tratamiento a determinada pareja, pero utilizando para ese fin, las células sexuales de los propios interesados, lo que significa sin lugar a dudas que la atribución de la paternidad y filiación corresponderá a los propios protagonistas de éste hecho.

Muchas son las interrogantes que surgen en relación a este tema, pero desafortunadamente esos mismos cuestionamientos están carentes de una respuesta satisfactoria, debido a que su práctica ha alcanzado una aplicación muy diversa, que permite a las parejas con problemas de reproducción, tener varias opciones para tratar su problema y elegir entre ellas la más adecuada, es precisamente por ésta variedad en la aplicación de la inseminación artificial, que resulta más difícil aún, elaborar una legislación adecuada que regule eficazmente ésta práctica.

Con todas estas innovaciones en materia de reproducción humana, estamos ante grandes cambios, no sólo en materia de medicina, sino también en materia jurídica, ya que debido a esos avances, ésta última se ve afectada, y por lo tanto obligada a una renovación que la coloque a la par de las necesidades de la vida moderna.

Retomando nuevamente el tema que nos ocupa en este apartado, debemos tener en cuenta que de acuerdo con el Código Civil en materia de familia, no se podría dar la relación paterno-filial en los casos de inseminación terapéutica en los que no se utilicen los gametos de la pareja sometida a ésta práctica, pero si estamos en el caso de que en dicho tratamiento se utilizaron los gametos de cuando menos uno de los miembros de la pareja, entonces la filiación de ese hijo sería con respecto al padre que aportó su célula sexual para llevar a cabo la concepción o procreación de ese nuevo ser.

En la práctica cotidiana de la inseminación artificial realizada en diversas parejas, la relación paterno-filial que se establece entre éstos -

(47) Baqueiro Rojas, E. y R. Buenrostro Bález. *O. b. cit.* p. 179

últimos y los hijos así logrados, se da como si fuera un acontecimiento normal, es decir que si la pareja accede a someterse a este tratamiento, es -- porque están de acuerdo en reconocer a ese niño como propio, aunque solamente sea hijo de uno de ellos o quizás de ninguno de los dos, y es aquí cuando nos damos cuenta de que no se trata de un acontecimiento común ni normal -- ya que podemos percatarnos de que en estos casos no se está respetando el principio de la existencia de un nexo biológico entre padres e hijos que -- origine el parentesco entre ellos, así como los derechos y las obligaciones recíprocos.

3.3.1. ¿ SE CONSIDERA COMO HIJO LEGITIMO ?

Para dar respuesta a ésta interrogante, es necesario partir de una base que consiste en la existencia de un matrimonio previo entre la pareja de que se trate, posteriormente habría que analizar a que clase de inseminación nos estamos refiriendo, y si se trata de una en la que no son utilizados los gametos de esa pareja, ¿ como podríamos asegurar que el hijo habido en esas circunstancias, se considera como legítimo ?, pues de antemano sabemos que no existen nexos biológicos en éste caso.

Si bien es cierto que para considerar a un niño como hijo legítimo, solamente es necesario que nazca dentro de un matrimonio y que sea reconocido por sus padres, también es cierto que nuestra ley en materia familiar presupone la existencia de un vínculo biológico entre padres e hijos, y en este caso en particular, no se está respetando dicho principio, por esta razón -- consideramos un poco aventurado el afirmar que sí se debe considerar a un -- hijo concebido en estas circunstancias tan especiales como legítimo, habría por lo tanto que adecuar la legislación actual en materia de hijos legítimos con todos los avances en materia de reproducción humana que tengan repercusión en dicha legislación.

Es evidente que en un matrimonio en donde no se puede concebir normalmente, la pareja que logra un hijo por medios artificiales, estará totalmente de acuerdo en reconocer a ese niño como propio aunque no lo sea y lo reconocerá ante el registro civil como hijo, ésto no puede ser reprochable -- por el simple hecho de que para ellos éste acontecimiento es de una gran -- importancia en su realización como pareja. Pero haciendo a un lado la cues-

ción sentimental y avocándonos exclusivamente a la jurídica, nos encontramos ante una situación que hasta el día de hoy no ha sido legislada.

Pensemos ahora en el caso de una donación o transferencia de embriones en donde ninguno de los miembros de la pareja aportó sus células germinales para la concepción o procreación de ese hijo, aquí más bien podríamos sugerir que se trata de una adopción, la cual se define de la siguiente manera.

"Adopción es el recibir como hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es." (48)

Finalmente agregaremos que para determinar claramente quienes se consideraran como hijos legítimos de acuerdo con el Código Civil, citaremos la siguiente clasificación:

"Durante el matrimonio. Se consideran hijos legítimos los concebidos y nacidos del matrimonio de los cónyuges."

"Después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio."

"Se presenta la posibilidad de que hubiera la concepción fuera del matrimonio, pero como de acuerdo a la medicina el término de ciento ochenta días es el mínimo de la gestación, se aplica ese plazo en beneficio del hijo y de la estabilidad conyugal."

"Dentro de los trescientos días siguientes a la disolución. En estos casos la concepción se produjo durante el matrimonio, pero el nacimiento acontece dentro de los trescientos días siguientes a la disolución, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio." (49)

A pesar de que con anterioridad hemos comentado que sería muy aventurado el afirmar que un hijo es legítimo sólo por el hecho de que haya nacido dentro de un matrimonio, aunque sus supuestos padres no tengan con el ningún nexo biológico, también es cierto que en éste caso, intervendría de manera fundamental el consentimiento de las partes, y quizás a través de él, se podría afirmar que no existe ningún problema para determinar la legitimidad de un hijo nacido bajo éstas circunstancias, pero también es cierto, que nuestro derecho esta sustentado en ciertos principios que de ninguna manera deben ser ignorados, tal es el caso del principio de consanguinidad entre padres e hijos, es por eso que hacemos incapié en que todos estos elementos, deben ser tomados muy en cuenta por los legisladores para llevar a cabo la creación de leyes adecuadas que en un futuro resuelvan estos problemas.

(48) Chávez Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Edic. 1a. Ed. Porrú a. México, 1987. p. 189

3.3.2. ATRIBUCION DE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD EN LOS DIFERENTES CASOS DE INSEMINACION ARTIFICIAL,

Después de hacer referencia a las diferentes clases de inseminación que se han practicado en el ser humano, haremos alusión ahora a la atribución de la paternidad y de la maternidad, en los diferentes casos de reproducción -- asistida.

En primer lugar tenemos a la llamada fecundación "in vitro" de la que - ya sabemos se realiza fuera del seno materno, es decir que es extracorpórea, y una vez que se ha obtenido el embrión humano, es implantado a la madre ges tante que lo llevará en su vientre hasta el momento del nacimiento.

En la fecundación "in vitro", consideramos que no se presentarían mayor es problemas en la atribución de la maternidad, ya que ésta, deriva o se -- atribuye a la mujer sólo por el hecho del parto, facilitando de ésta forma - la identificación de la madre, además de que el embrión que le implantarón - a la mujer, fué obtenido de ella misma, es decir que el óvulo fecundado se - extrajo de los ovarios de la propia interesada.

Por lo que respecta a la paternidad, ésta puede atribuirse dependiendo de las circunstancias en las que éste tratamiento se haya llevado a cabo, es decir, si los gametos utilizados en la fecundación pertenecen a una pareja - unida en matrimonio o concubinato, lógicamente que la paternidad será atri-- buída al esposo o concubinario de la mujer sometida a ese tratamiento, y por lo tanto los hijos logrados con éste tratamiento, tendrán una relación de -- paternidad y filiación con el esposo o concubinario de su madre.

En cuanto a la inseminación homóloga, debemos recordar que es la que se lleva a la práctica utilizando semen del esposo o concubinario, en aquellos casos en que debido a malformaciones anatómicas del pene, a la obesidad ex-- trema, a la impotencia y a algunas otras causas, no es posible depositar el eyaculado en la vagina de la mujer a través de una relación sexual.

En realidad consideramos que ésta inseminación no presenta mayores problemas para establecer la paternidad y la maternidad a que tendrá derecho el nuevo ser, pues estamos hablando de que en este caso se utilizaron las célu-- las sexuales de los propios interesados, por lo tanto si ese niño nace den-- tro de un matrimonio, será un hijo legítimo y si lo hace dentro de un concu-

binato, se tratará de un hijo natural reconocido, aún cuando para lograr su existencia, se haya recurrido a la inseminación artificial. En ambos casos - estaremos ante una relación paterno-filial, que traerá consigo el nacimiento de deberes y derechos propios de ésta relación.

Diferente situación se presenta ante la inseminación artificial heteróloga, ya que se lleva a cabo cuando el esposo es estéril o bien cuando padece alguna enfermedad genética transmisible y la esposa es inseminada con semen de un donador. Aquí el problema surge respecto de la paternidad, ya que el esposo o en su caso el concubinario no intervienen para nada en la procreación de ese ser, es entonces cuando se debe deliberar a quien de los dos hombres protagonistas en éste caso debe atribuirse la paternidad, al donador o al compañero de la mujer solicitante.

Desde luego que la primera solución para éste problema, sería atribuir la paternidad de ese niño al donador, puesto que biológicamente es el que -- aportó los espermatozoides para procrear a ese niño, sin embargo consideramos que legalmente podría atribuirse la paternidad al esposo o concubinario de la mujer inseminada, ya que entre los muchos aspectos que se cuidan en las inseminaciones está el del anonimato de las partes, además de que los donadores renuncian a cualquier derecho sobre el ser concebido de ésta manera y ni siquiera son informados si el procedimiento de inseminación tuvo o no éxito, por otro lado el esposo o concubinario de la mujer inseminada, ha manifestado -- previamente su consentimiento para reconocer al hijo de su pareja como propio, de esta forma tendríamos que atribuir la paternidad de ese niño a éste último.

Por otro lado, sabemos que la práctica de la reproducción asistida no siempre tiene éxito, pues a pesar de todas las medidas de seguridad que se toman para el bienestar del producto y de la madre, los resultados no siempre son favorables, ya que existe la posibilidad de que el niño al nacer presente alguna malformación congénita, o retraso mental etc., sin embargo la pareja solicitante está advertida de estos problemas y al aceptar el riesgo de la inseminación, también aceptan al niño como hijo propio en las circunstancias y estado físico y mental en que se encuentre al nacer.

Pasemos ahora al análisis de la inseminación conocida como alquiler de vientre, la que a diferencia de la heteróloga, presenta problemas de repro--

ducción pero en la mujer, que está incapacitada para concebir normalmente a un hijo, en este caso el problema a resolver será la atribución de la maternidad, ya que ante esto, la pareja solicitante contrata los servicios de otra mujer, para que sea ésta la que se someta al tratamiento de inseminación con el semen del esposo de la primera y de esta manera, lograr un embarazo en el que el niño así concebido sea por lo menos hijo del esposo o concubinario de la primera y tenga las características físicas y genéticas de su padre.

La mujer que se alquila para este fin, además de recibir una compensación económica, se compromete a entregar al niño a la pareja solicitante y renunciar a todo derecho sobre él, además de que desconocerá la identidad de la pareja que la contrató.

De acuerdo con nuestro Derecho Familiar, sabemos que la maternidad en este caso corresponde a la mujer contratada para ser inseminada, pues sabemos que la atribución de la maternidad se deriva del sólo hecho del parto, además de que fué ella quien aportó el óvulo que se utilizó en el procedimiento de inseminación, pese a lo anterior, consideramos que como se planteó en el caso anterior, la madre legal de un niño concebido en estas circunstancias, si puede ser la esposa o concubina estéril, ya que ella ha manifestado su consentimiento para que otra mujer fuera inseminada con el semen de su esposo, además de que existe la renuncia de la madre natural del niño, sobre cualquier derecho que tuviere con respecto a él, por lo que no podrá reclamarlo con posterioridad, ni tendrá obligaciones hacia el mismo, pues se ha pactado previamente que deberá entregarlo al nacer.

Estamos conscientes de que las soluciones que estamos sugiriendo en estos casos son algo muy delicado por tratarse de la relación paterno-filial, y no es que se esten haciendo a la ligera, ya que estamos partiendo de una base muy importante para apoyarlas, y que en este caso es el consentimiento de las partes, ya que sin él no se podría llevar a cabo ninguna clase de reproducción asistida. Pese a lo anterior, queremos recalcar que si los legisladores llegaran a elaborar una reglamentación sobre ésta materia, deberán analizar cuidadosamente todos los detalles que forman parte de la inseminación artificial en sus diferentes aplicaciones, ya que es sumamente delicado el entregar la custodia de un niño a cualquier persona que desee tener un hijo a través de la reproducción asistida, por ésta razón sugerimos que además de los exámenes físicos a que son sometidos tanto los donadores como las parejas solicitante, deben practicarse exámenes psicológicos, económicos, sociales etc., en

los que se vea reflejada la posible existencia de problemas que impidan llevar a cabo la inseminación y desde luego la entrega de un niño en manos de quienes no son aptos para tenerlo.

Otro aspecto que debemos tomar en cuenta al hablar de la llamada alquiler de vientre, es que en este caso no se estaría respetando el principio de que la maternidad se atribuye a la mujer por el sólo hecho del parto, es por eso que hacemos hincapié en que la ley en materia de familia debe modificarse y contemplar todos estos casos que tienen repercusión en el campo del derecho.

Hablaremos ahora de la teleinseminación para determinar si conforme a derecho puede atribuirse la paternidad a un hombre que no tuvo acceso carnal con su esposa o concubina por un período de tiempo bastante largo y que además puede comprobar éste hecho fehacientemente.

Ya anteriormente habíamos señalado que esta clase de inseminación tuvo verificativo durante la guerra de Corea y posteriormente en la de Vietnam, con los soldados que solicitaban se les extrajera semen para que fuera llevado a su país de origen y se inseminara a sus esposas con el fin de perpetuar la especie.

Esta práctica rompe con todo lo establecido en materia de filiación y paternidad, ya que el Código Civil en su artículo 324 establece lo siguiente:

Art. 324. "Se presemen hijos de los cónyuges:

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

II.- Los 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."

Ante esta situación puede presentarse el caso de que un sujeto impugne la paternidad que se le atribuye, aduciendo que estuvo separado de su esposa por un tiempo largo, sin embargo, pensamos que la esposa de éste puede comprobar plenamente como lo señala Ernesto Gutiérrez y González, que fue teleinseminada, dando como resultado que el esposo no pueda impugnar la paternidad invocando para ello el artículo 325 del Código Civil, que a la letra dice:

Art. 325. "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros cientoventa días de los trescientos que han precedido al nacimiento."

Con todos los cambios que trae consigo la vida moderna, es necesario que se dé una modificación en las leyes que rigen la materia familiar, pues no dudamos que en un futuro cercano todas estas innovaciones en materia de reproducción humana se llevarán a la práctica en nuestro país.

En el caso de la donación de gametos, se presenta una situación parecida a la de las demás inseminaciones que hemos estudiado hasta ahora, ya que habremos de establecer con claridad la relación paterno-filial existente entre los protagonistas de esta inseminación, como lo hemos señalado al existir una donación de gametos para la procreación o concepción de un hijo, se da la posibilidad de que la paternidad sea atribuida a la pareja solicitante, desde luego, no podemos negar que biológicamente los verdaderos progenitores serán aquellos que donen sus gametos para llevar a cabo esta inseminación, pero sin duda alguna creemos que puede crearse una legislación adecuada que proteja -- los intereses, la seguridad y los derechos del menor que se vea involucrado -- en estos casos.

Por lo que respecta a la llamada clonación, recordemos que consiste en el nacimiento de un ser humano idéntico a otro del cual se obtuvo una célula no sexual, cuyo núcleo fué implantado en el lugar del núcleo de una célula -- sexual fecundada, en éste caso, ni siquiera se da una inseminación como las -- que hasta ahora hemos analizado, consideramos que en este caso en particular, ni siquiera se debería de considerar una posible legislación de ésta práctica ya que va más allá de los límites de lo coherente y por lo mismo no debe permitirse su existencia, pues consideramos que es una total aberración que lejos de ayudar, perjudicaría la naturaleza humana.

Al hacer éstas anotaciones, nos percatamos de lo complicado que puede -- resultar en un futuro próximo, el hecho de reglamentar todas éstas prácticas -- de reproducción asistida, pero no descartamos la idea de que desde ahora, los legisladores deben tomar cartas en el asunto y no esperar a que estas situaciones se presenten en nuestro país, ya que es inevitable que todas estas innovaciones en materia de reproducción humana se lleven a cabo próximamente -- en las instituciones hospitalarias de nuestro país.

Toca el turno ahora a la donación o transferencia de embriones, en la -- que desde nuestro punto de vista, puede considerarse que está presente una -- figura muy importante en nuestro derecho de familia, y que en este caso es la adopción, ya que estamos hablando de que se donó un embrión que al término de la gestación, se transformará en un ser humano.

Hacemos alusión a ésta figura jurídica, en virtud de que en éste caso -- ninguno de los miembros de la pareja aporta su célula sexual, pues lo que están recibiendo es un futuro ser humano, es por eso que nos atrevemos a decir que la donación o transferencia de embriones puede considerarse una modalidad de la adopción.

Desde luego que existe una diferencia muy grande entre una y otra ya que en la adopción se está entregando un niño plenamente formado como ser humano, y desprendido totalmente del seno materno, en cambio en la donación o transferencia de embriones se está entregando a la pareja solicitante un embrión al que todavía no se le puede dar el atributo de ser humano, puesto que aún tiene que depositarse en el seno materno para que se desarrolle durante el período de gestación.

Como ya se ha reiterado en varias ocasiones, consideramos que en ciertos casos los padres de un niño concebido o procreado a través de algún método de inseminación artificial, no deben ser necesariamente los donadores que aportan sus células germinales para darle vida, sino que puede atribuirse dicha paternidad o maternidad a la pareja solicitante que requiere de éste tratamiento para poder tener un hijo, desde luego que todas estas consideraciones deberán hacerse como ya se ha señalado bajo un minucioso análisis en el que los legisladores protejan los derechos del menor, así como su seguridad tanto física como psicológica, social, económica etc.

Finalmente nos encontramos ante la inseminación artificial post-mortem -- en la que se presenta una situación única y por lo mismo difícil de esclarecer, por el hecho de que un hijo sea concebido después de la muerte de su padre, éste acontecimiento provocará graves consecuencias en cuanto a la paternidad se refiere, ya que en la época en que se elaboraron nuestras leyes ni siquiera se pensaba que todas éstas innovaciones en la medicina pudieran convertirse en realidad y mucho menos se pensaba que los avances científicos tuvieran tal repercusión en el área jurídica.

Si una mujer solicita ser inseminada con el semen congelado de su esposo o concubinario después del fallecimiento de éste. ¿Podríamos considerar a --

ese niño como hijo del difunto?, la primera respuesta que podríamos dar a ésta interrogante es que de acuerdo con nuestras leyes ese niño no podría -- ser hijo del fallecido, ya que de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil, que en su segundo párrafo señala que los hijos nacidos dentro de los -- trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, se considerarán como hijos de los cónyuges, ya provenga ésta disolución de nulidad, divorcio desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Desde luego que tratándose de la inseminación artificial post-mortem no estamos hablando de que los cónyuges quedaron separados ya sea por divorcio o por nulidad del contrato, sino que nos referimos a que los cónyuges al haber fallecido el marido, le fué imposible a la mujer tener acceso carnal con él y por lo tanto legalmente si es inseminada posteriormente a la muerte de su esposo, no se considerará a ese niño como hijo del difunto, por razones de términos.

Por otro lado, tenemos que la viuda podría argumentar con pruebas fehacientes, que su embarazo es producto de una inseminación post-mortem, y que por lo tanto ese hijo es de su difunto esposo. Ante estas dos situaciones -- es que debemos plantearnos, cual solución sería la más justa; sobre todo tra tándose de los derechos de un niño ajeno a todas estas manipulaciones y cuya seguridad y bienestar deben ser vigilados por la ley. Desde nuestro punto de vista, el bienestar del menor es lo más importante en estos casos, es por -- eso que apoyaríamos la segunda opción en la que se le permite ser considerado como hijo del difunto y de esta forma tener acceso al goce de sus derechos.

Finalmente señalaremos, que todas estas posibles situaciones, deben ser vir como base para que los legisladores se detengan a pensar, que tal vez ya es tiempo de empezar a concebir una nueva legislación en materia de derecho familiar en la que en un futuro cercano se contemplen todas estas situaciones y no esperar a que se conviertan en una realidad y por lo tanto en acon tecimientos sociales fuera de un orden preestablecido que origine conflictos sociales.

CAPITULO IV

CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL ANTE LA SUCESION LEGITIMA

4.1 PROBLEMATICA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN SUS DIFERENTES APLICACIONES ANTE LA SUCESION LEGITIMA

Iniciaremos éste capítulo precisando los posibles problemas a que se enfrentan figuras jurídicas como la sucesión legítima, ante las innovaciones y cambios que trae consigo la vida moderna, tales como la inseminación artificial en sus diferentes aplicaciones.

Ya anteriormente habíamos señalado, que uno de los principios más importantes dentro de la relación paterno-filial, es la existencia de un nexo biológico entre padres e hijos, porque de él, nacerán los derechos y deberes recíprocos entre dichos sujetos, y lógicamente entre los derechos a los que -- nos referimos se encuentra el sucesorio, según el cual, tratándose de la herencia legítima, los familiares consanguíneos en línea recta y muy especialmente los descendientes, ostentan el derecho prioritario para suceder al de "cujus" en todos los deberes, obligaciones y derechos que impliquen el ser titular de un patrimonio.

Tal y como lo señala el encabezado de éste capítulo, nos interesa resaltar la problemática que a nuestro juicio puede surgir con la práctica de la inseminación artificial, ante los principios de la sucesión legítima, por -- ser ésta una de las figuras jurídicas que se verá relegada con la aplicación de estos avances científicos en materia de reproducción humana.

Hacemos este comentario en virtud de que el Código Civil en su artículo 1602 establece, quienes son las personas que por sucesión legítima heredarán al de "cujus"; de dicho artículo se entiende que los llamados a suceder al titular de la herencia, serán aquellas personas que lleven su sangre.

Lo anterior nos hace reflexionar, acerca de las múltiples situaciones -- que pueden presentarse, con la práctica de la inseminación artificial que -- pueda repercutir en la esencia de la sucesión legítima.

Desde luego que también es importante analizar detenidamente, hasta que punto la reglamentación actual del Código Civil Vigente, puede responder o dar solución a las posibles situaciones que tengan verificativo con la aplicación de la reproducción asistida.

Hacemos este comentario, en virtud de que pueden presentarse situaciones en donde tratándose de la sucesión legítima, los 'hijos' del de "cujus" no sean consanguíneos de éste, lo que nos haría dudar si ese hijo tiene derecho a la herencia de su padre o de su madre, ya que se está contradiciendo el principio de que sólo puede haber herencia legítima por consanguinidad y por adopción. En éste caso consideramos más importante el bienestar y la seguridad del menor, es por eso que creemos de poca relevancia el hecho de -- que se contradiga el principio señalado, ya que lo importante es que ese -- niño fué reconocido por su padre o por su madre según sea el caso, y aunque no existen lazos de consanguinidad entre ellos, ese hijo quedará investido con todos los derechos propios de un hijo biológico, tal como lo señala el artículo 389 del Código Civil en vigor que a la letra dice:

"El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho:

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

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.

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

Como ya se dijo anteriormente, es importante establecer si la ley civil responderá ante todos los casos en los que la inseminación artificial originará conflictos interpersonales, dando solución a los mismos, y en aquellos en los que no existieran preceptos que contemplen una posible solución para situaciones sin precedentes, entonces se hará necesaria la modificación al Código Civil en aquellas materias que lo requieran. Esta sugerencia está plenamente justificada, si nos remitimos a uno de los cometidos por -- los que fué creado dicho ordenamiento, ya que manifiesta en su Exposición de Motivos entre otras muchas ideas la que a continuación transcribimos textualmente:

"Para legislar no debe tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarreará gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar, porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos -

fijos en el porvenir." (49). El contenido de éste pequeño párrafo de la Ex--posición de Motivos del Código Civil, nos da las bases necesarias para invi--tar al legislador a crear nuevas disposiciones en materia de Derecho Fami--liar, que contemplen la inseminación terapéutica. Lo anterior podemos apoyar lo en el 'consentimiento' de las partes que intervienen en el procedimiento de la reproducción humana artificial, ya que en base a ese consentimiento po--drían justificarse jurídicamente, diversas situaciones en materia de Dere--cho Familiar, que no existían cuando las leyes que nos rigen actualmente fue--ron creadas.

Como ya se ha señalado, existen situaciones en las que dada la práctica de la inseminación artificial, se originan acontecimientos que se pueden regularse con la legislación vigente en materia civil, pero qué pasa cuando -- se presentan situaciones que no pueden ser reglamentadas conforme a derecho, tal es el caso de la inseminación artificial post-mortem, de la que debemos recordar que es una inseminación homóloga que se lleva a cabo después de que fallece el marido. Este caso en particular cobra relevancia en materia de su--cesiones, ya que el Código Civil en su artículo 324 establece los términos -- dentro de los cuales deberá nacer un niño para que se considere como hijo de matrimonio, siendo éstos de ciento ochenta días después de celebrado el ma--trimonio o trescientos días después de disuelto el vínculo o muerto el mari--do, de ahí que tratándose de una inseminación post-mortem, la viuda tiene -- que demostrar fehacientemente que ese hijo lo es también de su difunto espo--so, ya que ella fué inseminada con esperma congelado de éste, mismo que se -- obtuvo antes de que falleciera. aquí se presenta un caso complicado, ya que ese hijo no nacerá dentro del término de trescientos días contados a partir de la muerte del marido; pese a lo anterior el Código Civil Vigente, permite a través del artículo 327, que éste caso en particular pueda solucionarse, -- ya que admite que aún cuando haya transcurrido el término fijado para consi--derar a un hijo como de matrimonio, la madre de éste, el propio interesado o su tutor pueden asegurar que ese hijo es del marido, demostrándolo con prue--bas irrefutables, en las que en este caso se demostrará que la esposa fué -- inseminada.

Lo anterior nos da la pauta para entender que el Código civil tiene que ser modificado en cuanto a las reglas de sucesión se refiere, ya que en el -- caso que hemos citado, aún cuando el hijo es genéticamente del marido, jurí--dicamente está naciendo fuera de matrimonio.

Desafortunadamente el problema en materia de sucesiones que trae consigo la inseminación post-mortem, no termina ahí, ya que existe una contradicción entre el artículo 327 y el 1314 del Código Civil, por un lado el primero como ya lo habíamos señalado, permite que pueda defenderse la paternidad que corresponde a un hijo que ha nacido después de los trescientos días contados a partir de que falleció su padre, y por otro lado el segundo artículo citado establece que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

Pese a lo anterior, nosotros consideramos que aún cuando existe una contradicción entre estos dos preceptos, debe valorarse más el bienestar de un niño concebido en esas circunstancias y por lo tanto inclinarse en favor de él, reconociendo que es hijo del difunto y otorgándole todos sus derechos -- como hijo de matrimonio, sin olvidar que en un futuro próximo debe modificarse el Código Civil en esta materia de sucesiones, para evitar contradicciones como la ya planteada.

Por otro lado, consideramos necesario que la disposición contenida en el artículo 389 del Código Civil en vigor, en la que se establecen los derechos que debe tener un hijo reconocido, tiene que hacerse valer en aquellos casos en los que se haya practicado alguna clase de reproducción asistida, -- misma en la que después de haber nacido el niño se presente la figura jurídica del reconocimiento del hijo.

Aún cuando la actual legislación en materia de Derecho Familiar, da soluciones a algunas de las situaciones que pueden presentarse con el uso de la inseminación artificial, otras tantas de estas situaciones quedan sin respuesta, o por lo menos crean la duda de cual será el procedimiento a seguir para reglamentar cada caso en particular.

Para ilustrar el comentario anterior, podemos señalar el caso de la donación o transferencia de embriones, misma que debido a la implantación de un embrión en el útero de la mujer solicitante, nos da la idea de que puede equipararse con la adopción, porque genéticamente la mujer que lo gesta no es la madre biológica; pero después de analizar detenidamente la naturaleza de ambas figuras, comprobamos que no puede considerarse a la donación o -- transferencia de embriones como una adopción.

(49) *Código Civil Para el Distrito Federal. Exposición de Motivos. Edic. 57a. ed. Porrúa. México. 1989. p. 9*

Aunque en un principio creímos lo contrario, analizando detenidamente - las características de ambas figuras, nos percatamos de que existen entre -- éstas varias diferencias, mismas que a continuación señalamos.

La adopción se da entre personas físicas, es decir que ya nacieron, - - mientras que la transferencia de embriones se da entre una persona física y un embrión humano que aún no se ha desprendido del seno materno, por otro la do sabemos que en la adopción nace una relación paterno filial entre perso-- nas extrañas pero que ya existen como tales, mientras que en la donación o - transferencia de embriones ésta relación se da entre una persona que ya exis te y un embrión humano que tal vez no llegue a vivir , si se da el caso de que el embarazo no llegue a término.

Pero no sólo el comentario anterior crea cierta confusión de cómo debe reglamentarse por nuestras leyes, sino que existen muchas otras situaciones que deben determinarse específicamente en nuestro Derecho Familiar, tal es - el caso de la paternidad que podría impugnársele a los donadores del embrión pues consideramos que en este caso debe negarseles totalmente cualquier posi-- bilidad de reconocimiento del hijo, ya que previamente debe firmarse un con-- trato en donde legalmente el donador renuncia a cualquier posibilidad de re-- clamar su paternidad, pero creemos que es de suma importancia el que en el - Código Civil se agreguen algunos artículos que señalen claramente que en el caso de inseminación artificial, los donadores no pueden reclamar la pater-- nidad y por lo tanto la patria potestad en estos casos les esta vedada.

Otro caso específico que requiere de nuestra atención, debido a la complejidad que desde el punto de vista jurídico resultaría su reglamentación - es el de la maternidad subrogada, en el que la mujer contratada es también - la que aporta el óvulo, que será fecundado con el esperma del marido o concu-- binario de la mujer solicitante. En un caso como éste, nos preguntamos ¿ Que sucedería si al finalizar el embarazo, la mujer contratada no quiere entre-- gar al recién nacido, argumentando que es su hijo?. Por principio de cuentas debemos analizar si éste hecho es ilícito, por ser contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1830 C.C.), pues estamos hablando de un ser hu-- mano que es concebido en estas circunstancias tan especiales.

Por otro lado es de suma importancia determinar si legalmente puede lle-- varse a cabo un contrato de esta naturaleza, en donde se esta poniendo en jue-- go el futuro de un niño, ajeno a todas estas maquinaciones que rodean su con-- cepción y nacimiento.

Para dar inicio al análisis de éste contrato, hablaremos en forma general de la maternidad delegada. En primer lugar, debemos hacer alusión al artículo 1830 del Código Civil, pues señala que es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, en este punto, debemos preguntarnos si la celebración de contratos de maternidad subrogada o de madre gestante sustituta implican un hecho ilícito.

Por otro lado debemos señalar que esta clase de contratos por su naturaleza tan compleja y tan novedosa no tienen antecedentes en nuestra legislación civil, es por eso que debemos de plantear los razonamientos necesarios que puedan darle a este contrato la validez jurídica que se requiere para ser contemplados dentro de nuestra legislación.

Volviendo al punto de si son contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, tenemos que ni la ley ni la doctrina nos dan una definición de estos dos conceptos, ya que en el primero se puede establecer un sentido muy amplio, mientras que el segundo concepto es poco preciso ya que cambia dependiendo de la época y del lugar del que estemos hablando.

Pasando a otro aspecto fundamental en este tema, es de suma importancia analizar si de llevarse a cabo estos contratos "sui generis", y debido a lo que en esencia significan, podrán considerarse válidos para nuestro derecho.

Sabemos que el contrato es el acto jurídico por excelencia, y que para que éste exista y surta sus efectos plenamente es necesario reunir los requisitos señalados en el Código Civil, al respecto el artículo 1794 del citado ordenamiento señala lo siguiente:

"Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento;

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato."

En este sentido, el consentimiento de las partes es el punto medular de todos los contratos, ya que al manifestar su voluntad dan origen al surgimiento de derechos y obligaciones, que de otra forma no nacerían. Esta voluntad será la que rija dicho acto jurídico, pero desde luego con las limitantes que establecen el orden público y las buenas costumbres.

Ahora bien, si hablamos de un contrato de maternidad delegada, consideramos que la expresión del consentimiento en este caso no representa ningún problema, pues por un lado estamos en presencia de una pareja que desea fer

vientemente la llegada de un hijo, debido a que éste no puede ser concebido de otra forma, y por otro lado tenemos a la mujer que prestará sus servicios como madre subrogada o madre gestante sustituta, hecho que llevará a cabo como un acto de amistad, de cariño o simplemente como un acto humanitario, por lo que no dudará en manifestar su consentimiento para llevarlo a cabo.

Un detalle importante que deseamos mencionar, es el que desde nuestro punto de vista este tipo de contratos no debería de contemplar el pago de honorarios, es decir que las mujeres que presten sus servicios para fungir como madre subrogada o madre gestante sustituta, deberían hacerlo de una manera altruista, esto con la finalidad de evitar una posible explotación de estos contratos y desde luego con la excepción que implican los gastos médicos y aquellos que sean propios del embarazo, ya que de otra forma existirían elementos que pudieran hacernos pensar en un tráfico de niños, hecho que sí sería contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, aunque analizando detenidamente dichos contratos, podemos percatarnos de que éstos se llevan a cabo por un interés verdadero y justificado de la pareja contratante, además de que casi siempre el material genético para llevar a cabo la inseminación es proporcionado por dicha pareja o por lo menos por alguno de ellos, y debido a esto, ya tienen una relación legal con el niño.

Como ya hemos manifestado con anterioridad, éste tipo de contratos no tiene antecedentes en nuestra legislación, por lo tanto es un contrato innominado, atípico, por lo que su celebración debe desde nuestro punto de vista, además de realizarse por escrito y firmarse por cada una de las partes que intervienen en él, contar con las huellas digitales de los contratantes esto se haría con la finalidad de evitar posteriormente un posible desconocimiento de las firmas plasmadas en el documento, además de que por razones de discreción se estaría prescindiendo de la presencia de testigos que le dieran validez al contrato, pues con la huella se corrobora la voluntad.

Pasando a la segunda fracción del artículo 1794 del Código Civil, tenemos que para la existencia del contrato se requiere de un objeto que pueda ser materia del mismo, esto es de acuerdo con el artículo 1824 lo siguiente:

"Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar, II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

Sigue diciendo el artículo 1825 del citado ordenamiento:

"La cosa objeto del contrato debe 1. Existir en la naturaleza; 2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3. Estar en el comercio."

Por su parte el artículo 1827 señala:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I.- Posible;
- II.- Lícito."

Ahora bien, tratándose de un contrato de maternidad delegada, el objeto consistirá en una conducta de hecho, por lo que éste, de acuerdo al análisis que se está realizando es posible y lícito.

Debemos tener en cuenta, que en el caso de que se pactaran honorarios - en estos contratos, serían como pago a la ayuda que la mujer contratada presta para gestar a un niño, y no a cambio de éste, puesto que al momento en que se lleva a cabo el contrato, no se ha dado la concepción de aquel, por lo que no existe en estos casos la explotación y comercialización de estos contratos y mucho menos el tráfico de recién nacidos.

Por lo que se refiere a que el objeto sea posible, debemos entender que éste sea realizable, factible, que no haya ninguna ley natural o jurídica que impida su existencia. También es de suma importancia que el objeto sea lícito esto es, que la obligación de las partes en el contrato no sea contraria a -- las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Pero como se ha manifestado anteriormente, ni la ley ni la doctrina nos dan una definición concreta de lo que significa orden público y buenas costumbres. Pese a lo anterior el Lic. Ramón Sánchez Meda, señala en su obra, una ejecutoria dada en el año de 1976, por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en donde se define a las buenas costumbres como: "Las directivas y los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sentir del común de las -- personas equilibradas intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno" o bien como "La concepción ética que predomina en nuestro medio cultural y que informa nuestra legislación, por ejemplo, la observación de la monogamia y la fidelidad en el matrimonio y a la inversa, constituyen actos reprobables o se califican malas costumbres, en mayor o menor grado, el adulterio el incesto, la prostitución, el lenocinio y el homosexualismo, y también la - incitación, directa o indirecta a tales actos." (50)

Volviendo nuevamente a la licitud en el contrato de maternidad delegada, consideramos que el contrato es lícito, en virtud de que al tratarse de una conducta de hecho, es física y jurídicamente posible, ya que si una mujer no es apta para concebir y gestar un hijo, otra mujer puede hacerlo en su lugar, y por lo tanto el objeto del contrato es jurídicamente posible ya que no se contrarían las leyes de orden público ni las buenas costumbres, -- esto último porque como ya se dijo anteriormente, no se está comerciando con un niño, y el objeto del contrato consiste en una conducta de hecho por la que una mujer se obliga a gestar a un niño para posteriormente entregarlo a una pareja que lo desea ansiosamente.

Todo lo que hasta ahora se ha mencionado acerca del contrato de maternidad delegada, podemos apoyarlo para su validez jurídica en el uso de analogías, ya que si en la actualidad la sociedad aprueba el trasplante de órganos para salvarle la vida a un ser humano, ¿por qué no aprobar la realización de estos contratos?, si pensamos que a través de ellos se da la oportunidad de existir y por lo tanto vivir a un niño.

Una vez que se ha analizado lo referente al consentimiento y al objeto como elementos de existencia del contrato, pasaremos al estudio de los requisitos de validez, consagrados a "contrario sensu", en el artículo 1795 -- del Código Civil en vigor.

Es así que tenemos como requisitos de validez, la capacidad de las partes, la ausencia de vicios en el consentimiento, la ilicitud en el objeto -- motivo o fin y la manifestación del consentimiento en la forma que la ley -- exige.

"Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí mismo. La capacidad comprende dos aspectos: a) la capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y b) la capacidad de -- ejercicio que es la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir éstos por sí mismo." (51)

(50) Sánchez Medel, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Edic. 3a. Ed. Porrúa. - México, 1976. p. 28

(51) Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Edic. 7a. Ed. Porrúa. México - 1985. p. 384-385.

Tratándose del contrato de maternidad delegada, se requiere que las -- partes tengan capacidad de ejercicio, es decir, que tanto la pareja solici-- tante, como la mujer que presta el servicio, puedan intervenir por sí mismos en dicho contrato, en este punto, consideramos importante señalar que la mu-- jer contratada, además de la capacidad de ejercicio que ya se ha señalado, -- requiere de capacidad para gestar a un ser humano, y de esta forma poder ser parte en este contrato.

Ahora bien, pasando a otro punto de los requisitos de validez para el contrato, tenemos que la voluntad de la que hemos hablado debe ser libre, es decir, que no debe estar influenciada por circunstancias ajenas que modifi-- quen la intención verdadera del sujeto que la emite. Es evidente que nos re-- ferimos en tal caso a los vicios del consentimiento conocidos como error, -- dolo, mala fe, miedo o temor, violencia y lesión, ya que al estar presente -- alguno de ellos en la manifestación del consentimiento, se entiende que éste se vará modificado y por lo tanto se habrá alterado su verdadero sentido, y estaremos ante un consentimiento viciado.

Debido a la gran importancia que por su contenido tiene la celebración de un contrato de maternidad delegada, es vital que las partes esten plena-- mente informadas acerca de las obligaciones que van a adquirir al celebrarlo para que de esta forma, expresen su voluntad de manera libre y conciente de las consecuencias que este hecho puede traer.

Por lo que se refiere al objeto, motivo o fin lícito del contrato, sig-- nifica que a lo que se obligó el deudor como el motivo que lo condujo a obli-- garse de esa forma, sean lícitos, es decir que como ya se ha mencionado no -- contraríe las leyes de orden público ni las buenas costumbres, y en este pun-- to nos remitimos a lo que ya se ha expuesto al respecto, con el fin de evi-- tar una serie de repeticiones.

Finalmente y como último aspecto a tratar en lo referente a los requi-- sitos de validez de un contrato, tenemos que el consentimiento de las partes debe manifestarse en la forma que la ley lo establezca. Al respecto el Códig-- o Civil señala la forma en que cada contrato debe celebrarse y es evidente, que al igual que la mayoría de éstos, el de maternidad delegada debe hacerse por escrito, pero desde nuestro punto de vista, además de ser plasmado en un documento y firmado por las partes que en él intervengan, debe quedar impre-- sa en el documento la huella digital de los contratantes, para evitar en un futuro que se desconozcan las firmas.

Continuando con otro aspecto de la maternidad delegada, surge una con tradición acerca de a quien será atribuida la paternidad del niño que nazca de la mujer contratada como madre delegada, si pensamos que de estar casada ésta, y de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil, esa paternidad será atribuida al esposo de dicha mujer.

Consideramos que en el caso particular de la maternidad subrogada o de la madre gestante sustituta, no debe atribuirse la paternidad de ese niño al esposo de la mujer contratada, en virtud de que ésta fué inseminada con esperma de otro individuo, además para estos casos, el esposo de la mujer tiene que ser consultado y dar su aprobación para que su esposa sea sometida a la inseminación terapéutica, en donde fungirá como madre gestante sustituta, o bien como madre subrogada, aceptando además los riesgos que implica un tratamiento de ésta índole. Esta situación puede confundirnos, ya que sabemos de antemano, que los hijos de una mujer casada, se presumen como hijos de su esposo (art. 374 C.C.), pero como en toda regla siempre -- hay una excepción, podríamos aplicarla en este caso, es decir que se anexara al artículo 324 del Código Civil, un párrafo en el que se mencionara lo siguiente: *Quedan exceptuados de ésta presunción, los niños nacidos de la mujer casada, que sea contratada y sometida a una inseminación artificial - en la que intervenga como madre subrogada o madre gestante sustituta, siempre que exista la previa autorización de su cónyuge.*

Estamos conscientes de que la propuesta que acabamos de hacer, quizás adolezca de errores, pero el propósito fundamental para hacerla es con el fin de que el tema analizado sea tomado en cuenta para una futura legislación.

Estas y muchas otras dudas, nacen en relación al tema de la inseminación artificial que tiene repercusión con el Derecho de Familia, ya que hasta el día de hoy, es un problema no legislado por nuestro derecho, y por lo tanto, no hay una respuesta satisfactoria que dé solución a los posibles -- problemas que al respecto pueden presentarse, esto se debe a que no existe una preocupación real por parte de los legisladores, que los motive para -- llevar a cabo las reformas necesarias al Código Civil, que permitan en un futuro próximo reglamentar adecuadamente ésta práctica.

Desafortunadamente al no haber leyes que se ocupen de regular situaciones como las que estamos abordando, surgirán día con día conflictos interpersonales, no sólo en lo que a Derecho de Familia se refiere, sino que pueden extenderse a otras áreas de nuestra legislación.

4.1.1. ¿ SE CONSIDERA COMO HIJO DE MATRIMONIO ?

Continuando con el tema de la reproducción asistida, existe otro punto interesante que deseamos tratar, y es precisamente el relativo a la interrogante que encabeza este apartado. De acuerdo con Manuel F. Chavez Asencio - "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." (52)

Tratándose de la primera posibilidad, consideramos que no existirá el menor problema, pues estamos hablando de que la inseminación se llevará a cabo con elementos de ambos cónyuges, por lo que el niño que así fuere concebido, será considerado como hijo de matrimonio por obvias razones.

En cuanto a la segunda posibilidad tenemos el empleo de elemento masculino extraño, en este caso la invocación del artículo 324 del Código Civil, no bastaría para considerar a un niño como hijo de matrimonio, aún -- cuando estuviera de por medio el consentimiento del esposo, pues sabemos -- que de acuerdo con el artículo 389 del citado ordenamiento, bastaría con -- que el padre reconociera al hijo para que nazcan derechos a favor de ese -- niño, pero al tratarse del caso que estamos estudiando, consideramos que de llevarse a cabo esa clase de inseminación, en primer lugar no existiría una relación biológica entre el padre y el hijo, pues de antemano sabemos que -- este parentesco se determina por una presunción "iuris tantum", debido a -- que es un hecho difícil de probar y más aún si agregáramos a lo anteriormente señalado, la existencia de un contrato en el que el esposo manifestara -- su consentimiento, se estaría ratificando con este documento que el niño no es de él y estaríamos ante un hecho que contradice el principio de consanguinidad en que se basa el ya señalado artículo 324, por lo tanto, de ape-- garnos a nuestra actual legislación, ese niño sería considerado como fuera de matrimonio, pues se trataría de una situación no prevista aún por nues-- tro derecho.

(52) Chavez Asencio, M.F. O b. cit. p. 43

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Cuando contrariamente al caso anterior, es la mujer la que tiene el problema de infertilidad y se requiere el uso de un óvulo ajeno a ella, se dará un hecho que rompe con el principio contenido en el artículo 360 del Código Civil, mismo que señala lo siguiente:

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

Al ser utilizado en la inseminación un óvulo que no es de la mujer que lo va a gestar, biológicamente hablando ese niño no será hijo de dicha mujer por lo que es necesario que la ley, tome en cuenta este caso en particular y lo excluya de la afirmación señalada por el artículo citado. Por lo que al respecto y en obvio de repeticiones consideramos que en este caso ese hijo no puede considerarse como hijo de matrimonio, por el sólo hecho de que nacio de la esposa, ya que ésta no es su madre biológica.

Finalmente cuando hablamos de que la inseminación se lleva a cabo con células germinales extrañas a la pareja y existe un contrato en el que se demuestra que contrataron el servicio de donadores, estaremos en una situación similar a las anteriores, pero con la complicación de que el niño así concebido no será hijo del matrimonio por no ser hijo biológico de la pareja pues se trata de otra situación que no ha sido contemplada todavía por nuestras leyes, y por lo tanto para que se considerara lo contrario, deben incluirse en nuestro derecho.

4.1.2. ¿ A QUIEN TIENE DERECHO A HEREDAR ?

El Código Civil, en relación a la legítima, establece quienes tienen derecho a heredar al de "cujus", cuando éste fallece y no ha dejado testamento, es por eso que el artículo 1602 establece:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I.- Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales -- dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados en el artículo 1635.

II.- A falta de los anteriores, la beneficencia pública."

El tema abordado en este apartado, hace surgir nuevamente la necesidad de manifestar, que el legislador al crear las leyes que actualmente nos rigen en materia de Derecho Familiar, presuponia la existencia de un nexo bio-

lógico entre padres e hijos; aunado a los sentimientos de cariño que unen a estas personas, nacen los derechos, deberes y obligaciones que de manera --recíproca deben otorgarse. Tratándose de la inseminación terapéutica en don de se pone en peligro el principio de consanguinidad, debido al empleo de donadores que aportan las células germinales para llevar a cabo el trata -- miento , sólo deseamos señalar a manera de respuesta a la pregunta que da título a este apartado, que de acuerdo con el artículo 389 del Código Civil el hijo que es reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene de --recho entre otras cosas a percibir la porción hereditaria y los alimentos -- que fije la ley. Este artículo dá una respuesta clara al tema abordado, pe --ro la razón principal por la que se quiso abordar este tema, es para dejar totalmente clara, la situación que a este respecto tendrán los donadores de las células germinales con relación a los niños que de ellas nazcan.

Debido a que en estos casos, el donador como su nombre lo indica, sólo aportará las células germinales necesarias para llevar a cabo el tratamien --to, sabemos que no debe considerarsele como padre del concebido, y no es -- posible que desde un punto de vista jurídico se le otorguen derechos ni -- obligaciones sobre el menor, por lo que no existe ninguna posibilidad de -- que se le atribuya la paternidad de ese niño, y debido a que no habrá reco --nocimiento, tampoco existirá patria potestad que le otorgue algún derecho o deber, por lo que retomando el tema que nos ocupa en este apartado, los de --rechos sucesorios del donador no tendrán ningún nexo con el concebido y vi --ceversa.

Lo que hasta ahora se ha señalado sobre los derechos hereditarios del hijo concebido artificialmente, deberá aplicarse para el remoto caso de que al crecer el niño se interese en reclamar la herencia que dejara el donador al fallecer, debido a que por alguna indiscreción se enterara de su origen, y este hecho diera lugar a que llevara a cabo una investigación sobre quien es en realidad su padre o su madre biológico.

Como ya se ha señalado, sería poco probable que este caso tuviera veri --ficativo en la vida real, pero aún cuando esto sea así, no debemos olvidar que el proceso de inseminación artificial deja tras de sí un expediente en el que están concentrados todos los datos del caso, que si bien es cierto --son confidenciales, ello no los libera de la posibilidad de llegar a manos de ciertas personas que se interesen en ellos.

4.1.3. EXISTENCIA DE TERCERAS PERSONAS, CON LEGITIMO DERECHO SOBRE LA MASA HEREDITARIA.

El motivo fundamental por el que se está abordando el tema que da título a este apartado, es el de determinar claramente, qué personas tienen la prioridad para suceder al titular de un patrimonio, atendiendo a la jerarquía de su derecho, con respecto a la masa hereditaria del "de cuius", nos referimos sin duda alguna, a los hijos habidos por una inseminación artificial y que por esta causa no tienen lazos consanguíneos con el autor de la herencia, y por otro lado los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, quienes están contemplados como posibles sustitutos de los descendientes, en el caso de que éstos últimos no existan.

Básicamente, lo que pretendemos en este caso, es dejar claro que aún cuando los hijos del "de cuius", hayan sido concebidos por medio de la reproducción asistida y por lo tanto no tengan nexos biológicos con aquel, tienen derecho a su porción hereditaria de acuerdo con el artículo 389 del Código Civil, pues en él se establece, que debido al reconocimiento del hijo, éste tendrá derecho entre otras cosas a la herencia del que lo reconoció.

La aclaración anterior se hace con la finalidad de que no exista confusión, en que por el hecho de que no se trate de hijos consanguíneos, los parientes colaterales pretendan suceder al "de cuius" en todo su patrimonio advirtiendo que ellos sí llevan la sangre de aquel e invocando para ello el principio de consanguinidad, lo que desde luego no podrá verificarse, debido a la disposición contenida en el citado artículo 389, mismo que deberá aplicarse para el caso en el que se presenten a recibir la herencia, un hijo consanguíneo y otro que no lo es, pues podría suceder que el primero quisiera adjudicarse el total de la masa hereditaria, con el fundamento de ser hijo biológico del titular de la herencia.

Todos los casos que hasta ahora hemos citado, deben ser tomados en cuenta por el legislador, para que en un futuro próximo, se vean plasmados no sólo en materia civil, sino en todas aquellas áreas del derecho en las que tenga injerencia, pues así como existen actualmente ciertos problemas que pueden solucionarse con nuestra actual legislación, refiriéndonos desde luego a la inseminación artificial, existen otros casos que deben legislarse por no existir, ningún artículo que pueda solucionarlos.

4.2. LA NECESIDAD DE CREAR Y ADICIONAR A NUESTRO CODIGO CIVIL UNA NUEVA LEGISLACION EN MATERIA DE INSEMINACION ARTIFICIAL, ANTE LAS FIGURAS JURIDICAS QUE CON ELLA ESTEN RELACIONADAS.

En varias ocasiones, hemos reiterado que los avances técnicos y biológicos en materia de reproducción humana, tienen actualmente una fuerte repercusión en el campo de lo jurídico, por lo que en un futuro no muy lejano, pueden provocar el surgimiento de situaciones novedosas, que al no tener ningún antecedente, estarán fuera de cualquier reglamentación existente en nuestro derecho.

Cabe señalar, que si nuestras leyes fueron creadas hace ya muchos años, es evidente que no van a contemplar situaciones o acontecimientos que en la época de su creación no existían, pues las necesidades de la sociedad a la que servían eran otras. Sin embargo, estamos conscientes de que el derecho no debe permanecer estático, y que tiene que ir a la par de las transformaciones y necesidades de la sociedad a la que rija; no solamente en lo que a Derecho Familiar se refiere, sino que se tome en cuenta desde ahora, su posible repercusión en otras áreas de nuestra legislación, tales como el Derecho Penal, para el caso de que ciertas conductas relacionadas con la reproducción asistida, puedan constituir algún delito.

Las figuras jurídicas, que a nuestro juicio requieren de una renovación en sus principales lineamientos para dar lugar en ellos a la inseminación artificial, son principalmente; el matrimonio, la paternidad, la filiación, el divorcio y las sucesiones.

Debemos aclarar, que no es nuestra intención profundizar en cada uno de estos temas, en atención a que el punto fundamental de este trabajo, está dirigido al estudio de la sucesión legítima, sin embargo, no podemos pasar desapercibido, el hacer algún comentario sobre las figuras jurídicas ya citadas.

Como ya se ha señalado, es de suma importancia que los legisladores se avoquen al estudio de las posibles repercusiones de la inseminación artificial en el Derecho Familiar y no esperar a que se presenten conflictos interpersonales que estén fuera del alcance del derecho que actualmente nos rige.

La petición de este trabajo, está basada fundamentalmente en la Exposición de Motivos del Código Civil Vigente, ya que en ella los legisladores expresaron lo siguiente:

"El cambio de las condiciones de la vida moderna, impone la necesidad - de renovar la legislación, y el derecho civil, que forma parte de ella, no - puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las socie - dades experimentan." (53)

A continuación, presentaremos un ensayo en el que destacamos los princi - pales lineamientos de nuestra propuesta, basándonos en las repercusiones de la inseminación artificial en el derecho; todo esto con la finalidad de que en un futuro cercano se elabore una legislación adecuada a la materia de in - seminación artificial; consideramos pertinente que ésta se anexe al Código - Civil, después del Título Séptimo, del mismo, en el que se encuentra lo rela - tivo a la paternidad y filiación, pero no como un título independiente, sino que se le numerara como el Título Séptimo Bis, ya que la materia en él conte - nida, está estrechamente ligada con los temas ya señalados, por este motivo, la numeración que daremos a los artículos que se proponen, dará continuidad a la que marca el último artículo del citado título séptimo, haciendo la -- aclaración de que sólo estamos externando nuestra opinión de como podría ela - borarse una nueva legislación en materia de reproducción asistida.

Primeramente, consideramos importante que sea creado un Título especial que trate exclusivamente a la inseminación artificial, denominándolo como si - gue:

TITULO SEPTIMO BIS
CAPITULO I
DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL
LINEAMIENTOS GENERALES

ART. 411. Para los efectos de este título, se entiende por inseminación artificial, el depósito del eyaculado en el aparato genital de la mujer, sin efectuar contacto sexual.

ART. 412. La práctica de la inseminación artificial, tendrá como única fina - lidad, la de lograr la concepción de un embrión humano y por ende un embara - zo a término, que permitan a una pareja con problemas para reproducirse, la posibilidad de perpetuar la especie, mediante la conservación del núcleo fa - miliar.

ART. 413. La realización del tratamiento de reproducción asistida, de-

berá llevarse a cabo en las instituciones hospitalarias tanto públicas como privadas, que para tales fines, sean designadas por la Secretaría de Salud, a fin de que cuenten con el personal especializado y el instrumental técnico apropiado, para llevar a cabo este tratamiento.

ART. 414. Serán autorizadas para someterse a esta práctica, las parejas que tengan problemas para reproducirse, y que deseen concebir un hijo - sometiéndose a algún método de reproducción asistida, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en éste título.

ART. 415. Entre las personas a las que se hace referencia en el artículo anterior se encuentran:

I.- Las parejas unidas en matrimonio, que tengan problemas para reproducirse, y:

II.- Los concubinos, que tengan una vida en común no menor de cinco años, y que hayan intentado procrear hijos sin haber tenido éxito.

CAPITULO II

DE LOS SOLICITANTES

ART. 416. Los cónyuges o concubinos que deseen someterse al tratamiento de inseminación artificial, deberán reunir los requisitos establecidos en los artículos que preceden.

ART. 417. Deberán obtener autorización del director de la unidad hospitalaria en donde se esté tratando el caso, en dicha autorización constará de manera fehaciente, que efectivamente, la pareja requiere ser sometida a un tratamiento de inseminación artificial, por estar imposibilitados uno de ellos o ambos, para tener hijos.

ART. 418. La autorización a la que hace referencia el artículo anterior, se les entregará a los interesados, una vez que se hayan sometido a los estudios necesarios en cada caso, para determinar con claridad en que consiste la imposibilidad física que sufre la pareja para reproducirse.

ART. 419. Además de los estudios físicos a que deben someterse los interesados, deberán practicarse los estudios psicológicos, socioeconómicos y demás que juzgue conveniente el médico tratante, con la finalidad de tener un conocimiento pleno del caso, que permita determinar si son o no personas aptas para concebir un hijo por medio de la inseminación artificial.

ART. 420. Las parejas que se someten a este tratamiento deben ser previamente informadas por el médico tratante, de cuales son los riesgos y las posibles consecuencias del mismo, tales como un embarazo no logrado o no llevado a término, malformaciones congénitas en el producto, retraso mental del mismo, etc.

ART. 421. Una vez que los interesados manifiesten su consentimiento para someterse al tratamiento de reproducción asistida, deberán hacerlo por escrito firmándolo y estampando en el documento su huella digital, por lo que se obligan a recibir al niño en el estado en que se encuentre al nacer.

ART. 422. La personalidad de los solicitantes, deberá guardarse confidencialmente en los archivos del hospital en donde se lleve a cabo la inseminación, conociéndola únicamente el médico tratante y el personal especializado, que intervenga en el caso, sin que por ningún motivo el donador tenga -- acceso a esta información, evitando así que ambas partes se conozcan.

DE LOS DONADORES

CAPITULO III

ART. 423. Pueden ser donadores en el tratamiento de inseminación artificial, el varón y la mujer que deseen serlo, y que además de tener capacidad jurídica, cumplan con todos los requisitos físicos y psicológicos que se necesiten para llevar a cabo la reproducción asistida en las mejores condiciones posibles.

ART. 424. Las personas que intervengan como donadores en el tratamiento de inseminación artificial, no deberán ser retribuidas económicamente, a excepción de los casos mencionados en el artículo que precede, ya que su participación como donadores, debe ser sólo con fines altruistas y de ayuda a la ciencia médica.

ART. 425. Quedan exceptuadas del artículo anterior, las mujeres contratadas para la maternidad subrogada o el alquiler de vientre, en donde además de pagarles los gastos médicos y de hospitalización que origine el embarazo, se les retribuirá económicamente, en virtud del riesgo que representa este tratamiento.

ART. 426. La identidad de los donadores, debe guardarse rigurosamente y como en el caso de los solicitantes quedarán antecedentes de ellos en los archivos del hospital, conociéndola únicamente el médico y el personal especializado, que tome parte en el tratamiento.

ART. 427. Los donadores deben ser informados previamente, de que no se les dará ninguna información sobre los resultados del tratamiento, por lo que renuncian a todos sus derechos sobre el producto de la inseminación.

DE LOS HIJOS NACIDOS POR MEDIOS ARTIFICIALES

CAPITULO IV

ART. 428. Para los efectos de este capítulo, se consideran como hijos -- concebidos por inseminación artificial, todos los niños que no sean producto de la cópula carnal entre sus progenitores y que en su concepción haya intervenido un médico, utilizando instrumentos especiales para lograr la fecundación del óvulo.

ART. 429. El hijo concebido por medios artificiales, gozará de todos los derechos propios de un hijo consanguíneo, no se hará distinción entre unos y otros en lo que al goce de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones se refiere.

ART. 430. Se presumirá como padre de un niño concebido por medios artificiales, al esposo o concubinario de la mujer que haya solicitado someterse al tratamiento de inseminación artificial, siempre que aquél haya manifestado su consentimiento por escrito con su firma y huella digital, sin importar la clase de inseminación empleada.

ART. 431. Para los efectos de este capítulo, los conceptos de paternidad y maternidad, se tratarán por separado, en atención a la separación que de ellos se hace en la práctica de la reproducción asistida.

ART. 432. El consentimiento a que hace referencia el artículo 430, debe manifestarse de igual manera, tratándose de la mujer a la que se atribuirá la maternidad de un hijo concebido por medios artificiales.

ART. 433. Se presume como madre de un niño concebido por medios artificiales, a la mujer que le dé a luz, aún cuando la técnica empleada para -- procrearlo sea la fertilización "in vitro", o la donación de gameto femenino, siempre y cuando, la mujer solicitante haya manifestado su consentimiento en los términos establecidos en el artículo 430 de este capítulo.

ART. 434. Quedan exceptuadas de la presunción a que hace referencia el artículo anterior, las mujeres que sean contratadas como madre subrogada o que alquilen su vientre para llevar a cabo la gestación del nuevo ser, en cuyo caso la maternidad será atribuida a la mujer que contrate a aquellas.

ART. 435. El hijo habido artificialmente, debe ser integrado a la familia de sus padres legales, como si existiera entre ellos un parentesco consanguíneo, por lo que se le atribuirán los derechos y las obligaciones propias de un hijo de sangre.

ART. 436. Los hijos concebidos o procreados artificialmente, no tendrán en relación con los donadores ningún derecho, ni obligación que los vincule con ellos, por lo que no podrán hacerlos valer en ningún tiempo y bajo ninguna circunstancia.

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS DONADORES

CAPITULO V

ART. 437. La identidad de los donadores debe ser anónima, para la pareja que solicite sus servicios, ya que únicamente la conocerán el médico encargado del caso y el personal autorizado para colaborar en el proceso de la donación, pues al finalizar éste, la información debe guardarse confidencialmente en los archivos del hospital.

ART. 438. Las donadoras a que hace referencia el artículo 425 de este capítulo, tienen derecho a recibir una compensación económica, que será -- determinada dependiendo de las dificultades del caso y del acuerdo entre las partes.

ART. 439. Ningún donador, podrá reclamar la paternidad o maternidad del niño habido a través de su donación, por lo que renuncian a este derecho, desde el momento en que manifiestan su consentimiento para ser donadores, a través del cual se extinguirá para ellos su derecho a la patria potestad.

ART. 440. Las personas que deseen ser donadores, deberán reunir los requisitos de salud necesarios, tanto físicos como psíquicos, para ser seleccionados como donadores, además de cumplir con todos los requerimientos solicitados por el médico que conozca del asunto, tales como análisis clínicos, estudios médicos, etc. sin objetar el hecho de que dichos estudios se realicen en varias ocasiones.

ART. 441. Los donadores, no tendrán derechos ni obligaciones con los niños engendrados por medio de sus gametos, en virtud de que no existirá entre ellos ninguna relación, ya que los padres del menor serán aquellos que lo reconozcan legalmente como propio, y serán éstos a quienes se les atribuyan los derechos y se les exija el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la relación paterno-filial.

ART. 442. Los donadores, se obligan a no realizar ninguna gestión que los conduzca a averiguar la identidad de la pareja que solicitó su donación, por lo que su participación en el proceso de inseminación, se limitará a lo que el médico encargado del caso le requiera.

PROPUESTA DE REFORMAS AL LIBRO TERCERO, TITULO CUARTO
DEL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

Finalmente hemos llegado a la última parte de nuestra propuesta, en la cual señalaremos las modificaciones que a nuestro juicio, deben hacerse a ciertos artículos del Código Civil, principalmente tratándose del tema de sucesiones, integramos en estas modificaciones el tema de la inseminación artificial, con la finalidad de que en un futuro próximo, este tema sea incluido en la elaboración de una legislación apropiada a la materia. Debemos aclarar que no se pretende que el contenido de este trabajo de tesis, sea la solución idónea a la problemática que hemos planteado, simplemente deseamos que estas reflexiones, motiven a los verdaderos legisladores para que sean ellos los encargados de elaborar una normativa acorde a las necesidades que traiga consigo esta práctica, y que de esta forma se protejan los derechos de todas las personas implicadas en esta problemática.

Antes de introducirnos a la propuesta señalada, debemos mencionar que desde nuestro punto de vista, los hijos concebidos por medio del empleo de cualquier método de inseminación artificial, deben ser integrados a la familia de sus padres legales como si se tratara de hijos consanguíneos, que lo mismo tienen derecho entre otras cosas a heredar a sus padres que a sus abuelos en caso de que los primeros falten, por lo que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia debe darseles a aquellos un trato diferente.

Hacemos este comentario, apoyándonos en el hecho de que el traer un hijo al mundo en circunstancias tan complicadas, implica para nosotros una mayor responsabilidad para las parejas que deciden someterse a algún tratamiento de reproducción asistida, y no por que el concebir un hijo de manera natural sea menos importante, sino porque las parejas que tienen problemas para la reproducción, agotan todos los recursos a su alcance para poder tener un hijo, es decir que aún cuando la concepción de ese niño pudo no llevarse a cabo, las parejas aceptan correr el riesgo que trae consigo la inseminación artificial y se someten a ella, por lo que no sería justo que además de estas complicaciones, todavía se le limitaran sus derechos a niños concebidos en esas circunstancias tan especiales.

Es importante señalar, que apoyamos la práctica de la inseminación artificial en parejas de concubinos, ya que desde nuestro punto de vista, el -- acta de matrimonio no garantiza que la convivencia familiar de unos esposos sea mejor por el hecho de que esten casados legalmente, además debemos -- aceptar al concubinato como una realidad existente en nuestra sociedad, por lo que no es posible negarles a este tipo de parejas la oportunidad de formar una familia aún con el empleo de la reproducción asistida, ya que en muchas ocasiones estas parejas viven en un ambiente familiar que es ideal para el pleno desarrollo de un niño, como único requisito para que los concubinos tuvieran acceso al uso de cualquier método de inseminación artificial sería que al tiempo de llevarla a cabo, se comprobara que ya han tenido una vida en común de cinco años como mínimo, tal como lo señala el artículo -- 1635 del Código Civil, lo que aunque no nos garantiza que esos concubinos -- tengan todas las cualidades requeridas para ser buenos padres de un hijo -- concebido por medios artificiales, sí nos presenta un panorama general de -- que son personas que ya tienen una estabilidad como pareja y no una rela -- ción pasajera, con lo anterior también estaríamos dándole al concubinato la importancia que actualmente tiene en nuestra sociedad y que de ninguna mane -- ra debemos negarle.

Para dar inicio al proyecto de reformas del Código Civil para el Distrito Federal, debemos señalar un caso en particular, que de presentarse daría lugar a la modificación de ciertas reglas en materia de sucesiones, nos referimos concretamente a la inseminación artificial después de muerto alguno de los consortes o concubinos; a continuación citaremos algunos artículos -- que a nuestro juicio requieren de ciertas modificaciones para dar caviada a situaciones como la que acabamos de señalar, anotando los artículos indicados, y destacando en ellos con un tipo de letra diferente al utilizado hasta ahora, la modificación que podrían tener en relación al tema de la sucesión legítima, cabe señalar que transcribiremos íntegramente cada artículo para dar paso a los textos que presentamos como proyecto de reformas y que en algunos casos serán anexados al contenido original de cada artículo.

LIBRO PRIMERO
DE LAS PERSONAS
TITULO PRIMERO

De las personas físicas

ART. 22. La capacidad 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. *Esta disposición también se aplicará a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial, - aún en el caso de que no se encuentren en el útero materno por tratarse de una inseminación "in vitro".*

TITULO CUARTO
DEL REGISTRO CIVIL
CAPITULO I
Disposiciones Generales

ART. 60. Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre -- del padre de un hijo fuera de matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44, haciéndose constar la petición.

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.

Tratándose de un hijo que haya nacido como resultado de una madre gestante sustituta, la maternidad de ese niño corresponderá a la mujer que contrató a la primera para llevar a cabo el embarazo, ya que la mujer contratante será la que presente al niño ante el Registro Civil, aceptando con este hecho su maternidad. En el caso de la maternidad subrogada, la maternidad será atribuida a la esposa o concubina del padre de ese niño, quien se incorporará a dicha pareja considerándose a la mujer como progenitora de ese hijo.

Además de los nombres de los padres se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio.

En las actas de nacimiento no se expresará que se trata en su caso de -- hijo natural o nacido como resultado del empleo de algún método de inseminación artificial humana.

ART. 60 BIS. Para efectos de este capítulo, se considera madre gestante-sustituta, a aquella mujer que proporciona su útero para llevar a cabo la gestación de un óvulo fecundado que no es suyo, mientras que la madre subrogada, es aquella que proporciona tanto su óvulo como su útero para llevar a término el embarazo. Por otro lado la mujer contratante es aquella que conviene en -- usar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, -- dependiendo del caso en particular.

ART. 63. Cuando el 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 mismo marido, salvo los siguientes casos:

I.- Que el marido haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

II.- Que la mujer haya sido contratada para fungir como madre gestante -- sustituta o como madre subrogada, en cuyo caso se tendrá como padre de ese -- niño al marido o concubinario de la mujer contratante.

TITULO SEPTIMO
DE LA PATERNIDAD Y FILIACION
CAPITULO I
De los hijos de matrimonio

ART. 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, 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.

III.- Los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de inseminación artificial humana, aún cuando nazcan después de los trescientos días a que hace referencia la fracción anterior, siempre y cuando se compruebe fehacientemente, que ambos cónyuges otorgaron previamente su consentimiento en la forma que establece la ley de la materia, y aunque el hijo no tenga nexos biológicos con uno o ambos cónyuges.

ART. 325. Contra las presunciones establecidas en las fracciones I y II del artículo anterior, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, o bien que se compruebe de manera indubitable, que la pareja recurrió al empleo de algún método de inseminación artificial, en el que por su técnica no requiere el acceso carnal de los cónyuges, siempre que el marido haya otorgado previamente su consentimiento para que la reproducción asistida se llevara a cabo.

ART. 326. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se la haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. No podrá desconocer a los hijos nacidos por el empleo de cualquier método de inseminación artificial, aún cuando no tengan con él ningún nexo biológico, siempre que haya otorgado su consentimiento con las formalidades que establece la ley de la materia, para que su cónyuge se sometiera a dicho tratamiento.

ART. 327. El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el

el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

ART. 327 BIS. La afirmación sostenida en el artículo anterior por la mujer, el hijo o el tutor de éste, de que el esposo de aquélla es el padre de ese hijo, se hará contundente, cuando se demuestre fehacientemente que la esposa fue sometida a la inseminación artificial post-mortem, es decir que fue inseminada después de la muerte de su esposo con semen congelado de éste. No podrá desconocer que el hijo es de su matrimonio si se demuestra que la esposa fue sometida a cualquier otro método de inseminación artificial, aún cuando nazca después de los trescientos días a que hace referencia el artículo anterior, siempre que el marido haya otorgado su consentimiento para que su cónyuge fuera sometida a dicho tratamiento, lo anterior siempre y cuando la mujer permanezca libre de matrimonio.

ART. 329. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero dicha acción no tendrá ningún efecto si el esposo reconoció a ese hijo como proprio, aunque haya nacido como resultado del empleo de cualquier método de inseminación artificial, o cuando existan pruebas indubitables de que el marido otorgó su consentimiento para que su cónyuge se sometiera al tratamiento de reproducción asistida.

ART. 359. Pueden gozar también de ese derecho, los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer esta encinta, o que no reconoce si aquélla estuviere encinta, incluyendo en estos casos a los concebidos por el empleo de cualquier método de inseminación artificial aún en los casos de fertilización "in vitro", si es que el óvulo fecundado no se encuentra aún en el útero materno.

CAPITULO IV

Del reconocimiento de los hijos nacidos
fuera de matrimonio

ART. 360. La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho de nacimiento, a excepción de que ésta haya sido contratada para fungir como madre gestante sustituta o madre subrogada, pues en tal caso, se presumirá como madre legal de ese niño a la mujer contratante, y el hijo así habido será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declara la paternidad.

ART. 364. Puede reconocerse al hijo no nacido, incluyendo a los que han sido concebidos por cualquier método de inseminación artificial, o tratándose de la fecundación "in vitro", cuando los concebidos aún no se encuentren en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendencia.

ART. 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, o en los casos en que la mujer haya prestado sus servicios como madre gestante sustituta o madre subrogada, siempre que el esposo de ésta, haya manifestado su consentimiento para que su cónyuge sea sometida a dicho tratamiento y que dicho consentimiento lo haya expresado con las formalidades que establece la ley de la materia, por consiguiente, se presumirá como padre de ese niño, al varón de la pareja que contrató a la mujer para que prestara sus servicios como madre suplente.

ART. 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

III.- Los nacidos después de los trescientos días a que hace referencia la fracción anterior, aún cuando no tengan nexos biológicos con uno o ambos padres, siempre que se demuestre que el concubinario, otorgó su consentimiento con las formalidades que establece la ley de la materia, para que la inseminación se llevara a cabo.

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

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

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.

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

Gozarán también de estos derechos, los hijos habidos como consecuencia del empleo de cualquier método de inseminación artificial. Tratándose de la inseminación post-mortem, se tendrá al hijo como reconocido por su padre, -- siempre que la madre demuestre que fue inseminada con semen congelado de su cónyuge fallecido antes de la concepción de ese hijo.

LIBRO TERCERO

DE LAS SUCESIONES

TITULO SEGUNDO

De la Sucesión por Testamento

CAPITULO III

De la Capacidad para Heredar

ART. 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, - conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

Quedan exceptuados de la disposición contenida en este precepto, los - concebidos por cualquier método de inseminación artificial, aún en el caso de que no se encuentren en el útero materno en el momento de la muerte del "de cujus", siempre que exista el consentimiento previo del autor de la herencia, manifestado con las formalidades requeridas por la ley de la materia, para llevar a cabo la concepción artificial que requiera el caso.

CAPITULO V

De los bienes de que
puede disponer por testamento, y de los
testamentos inoficiosos

ART. 1377. No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como - heredero legítimo si no hubiera testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa. *Esta disposición será aplicable en los casos de hijos póstumos, que hayan nacido como resultado del empleo de cualquier método de inseminación artificial, bajo los términos del párrafo segundo del artículo 1314.*

TITULO CUARTO

DE LA SUCESION LEGITIMA

CAPITULO I

Disposiciones Generales

ART. 1602. Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I.- Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales den

dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados en el artículo 1635. Gozarán también del derecho consagrado en este precepto, los descendientes no nacidos, que hayan sido concebidos por cualquier método de reproducción asistida, aún - en los casos en los que hayan participado donadores o sustitutas y aunque no se encuentren en el útero materno al momento de la muerte del autor de la herencia, siempre que se compruebe fehacientemente, que éste otorgó su consentimiento en la forma que señala la ley de la materia, para que la inseminación artificial se llevara a cabo.

II.- A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

CAPITULO II

De la Sucesión de los Descendientes

ART. 1609 BIS. Los descendientes concebidos como resultado del empleo de cualquier técnica de inseminación artificial, tienen derecho de sucesión, con respecto a los parientes de sus padres legales, aún cuando entre aquél y éstos no existan nexos biológicos.

TITULO QUINTO

DISPOSICIONES COMUNES A LAS SUCESIONES TESTAMENTARIA Y LEGITIMA

CAPITULO I

De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta.

ART. 1638. Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, -- dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o -- disminuir por el nacimiento del póstumo. De igual manera, deberá -- dar aviso cuando se trate de un hijo concebido por técnicas de insemina-

ción artificial, siempre que compruebe fehacientemente, que el autor de la herencia otorgó su consentimiento en la forma que establece la ley de la materia, para que la inseminación artificial se llevara acabo.

Finalmente deseamos expresar, que nuestra principal motivación para realizar este trabajo de tesis, es el hecho de que el legislador tome en cuenta los acontecimientos que sobre inseminación artificial se están dando en nuestra sociedad, y que al legislar sobre ellos, los seres así concebidos sean integrados a las familias de sus padres legales, tal como si se tratara de parientes consanguíneos, para que de esta forma, se elabore una legislación adecuada, que proteja los derechos no sólo de los seres que son concebidos de esa forma sino de todas las personas implicadas en estos hechos, pero desde luego, teniendo como principal finalidad, que los seres humanos concebidos por medio de la reproducción asistida, sean integrados a la sociedad con todos los derechos y obligaciones de un ciudadano mexicano.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Con la realización de este trabajo, hemos pretendido proporcionar razonamientos válidos, como los ya señalados en el capítulo cuarto - de esta investigación, para que el tema de la inseminación artificial, cuente con mayor atención por parte de nuestros legisladores, y se lleve a cabo un estudio más profundo sobre la misma, a fin de que la consideren como la realidad que ya está presente entre nosotros, aún cuando no se ha llegado a practicar en todas sus formas en nuestro país.

SEGUNDA.- A pesar de que en México, sólo se practica la inseminación - homóloga, no dudamos que en un futuro próximo, la reproducción asistida, -- llegará a aplicarse en nuestro país en todas las variantes que hemos seña-- lado en este trabajo, y cuando esto acontezca, figuras jurídicas como la pa-- ternidad, la filiación, el matrimonio, el divorcio, las sucesiones, etc., - se verán afectadas en su esencia, ya que los principios sobre los que están sustentadas estas figuras, tendrán que adecuarse a las nuevas disposiciones de Derecho Familiar, que permitan a éste último, seguir satisfaciendo las ne-- cesidades de la sociedad a la que rige.

TERCERA.- Nuestra propuesta no está basada en acontecimientos incier-- tos, pues la reproducción asistida representa en la actualidad, ya no una - fantasía que se encuentra sólo en la imaginación del hombre, sino una reali-- dad que se vive día con día y cada vez con mayor demanda en muchas socieda-- des del mundo, de las cuales la nuestra no es la excepción, es por eso, que no pretendemos dar soluciones vanas a los posibles conflictos interpersona-- les que surgieran con la práctica de la inseminación artificial, sino por - el contrario, deseamos que nuestras ideas en materia de Derecho Familiar -- sirvan de alerta para cuando se presenten hechos que requieran de una norma-- tiva que los regule, y para ese entonces, nuestro sistema jurídico cuente - con ella.

CUARTA.- Si bien es cierto que con la actual legislación en Derecho -- Familiar, podría darse solución a ciertos conflictos interpersonales que -- surgieran con la aplicación de la inseminación artificial, también es cier-- to que existieran situaciones fuera del alcance de dicha legislación, y es precisamente en este punto, que debemos concentrar nuestra atención para -- dar una solución adecuada a cada caso en particular.

QUINTA.- Consideramos necesario que en el campo de la sucesión legítima, exista un cambio en el criterio que establece, que sólo los familiares consanguíneos tienen derecho a heredar al autor de la herencia, pues consideramos que a diferencia de la adopción, los hijos habidos por medio de la reproducción asistida, deben tener derecho a heredar tanto a sus padres legales como a sus abuelos, bisabuelos, etc., aún cuando entre ellos no existan nexos biológicos, pues debemos tener en cuenta que en estos casos, casi siempre existen nexos biológicos, por lo menos con uno de los padres legales, además de que estará presente la figura del reconocimiento voluntario del hijo, lo que para nosotros significa que ese niño, debe ser integrado plenamente a la familia de sus padres.

SEXTA.- Basándonos en lo que hasta ahora hemos señalado, consideramos que no sólo el Derecho Familiar debe ser revisado para incluir en él a la inseminación artificial, sino que existen otras áreas del derecho que deben tomar en cuenta este tema, tal es el caso del Derecho Penal, pues es evidente que por tratarse de algo tan delicado como la concepción artificial de un ser humano, pueden surgir con esta práctica, ciertas conductas que podrían constituir hechos ilícitos y por lo tanto, la existencia de nuevos delitos.

B I B L I O G R A F I A

- Aguilar Carbajal, Leopoldo. Segundo Curso de Derecho Civil. Edic. 4a. Ed. Porrúa. México, 1980.
- Alpi, Casare. Las Madres Suplentes, Un Acto Humanitario. -- Edic. 2a. Ed. Cuestión. México, 1985.
- Araujo Valdivia, Luis. Derecho de las Cosas y Derecho de -- las Sucesiones. Edic. 2a. Ed. Cajica. Puebla, 1972.
- Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho - de Familia y Sucesiones. Edic. 1a. Ed. Harla. México, 1990.
- Biblioteca Básica de la Educación Sexual. Fecundación y Esterilidad. Edic. 9a. Ed. Salvat. México, 1981.
- Botella Llusia, J y José Clavero Nuñez. Tratado de Ginecología. Enfermedades del Aparato Génital Femenino. T. III. -- Edic. 9a. Ed. Científico-Médica. Barcelona, 1970.
- Botella Llusia J. Esterilidad e Infertilidad Humanas. Edic. 2a. Ed. Científico-Médica. México, 1971.
- Brugi, Biagio. Instituciones de Derecho Civil. Edic. 4a. -- Ed. Hispano Americana. México, 1946.
- Chavez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales. Edic. 1a. Ed. Porrúa. México, 1987.

De Ibarrola, Antonio. Derecho de la Familia. Edic. 2a. Ed. Porrúa. México, 1981.

De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Edic. 2a. Ed. -- Porrúa. México. 1986.

De Pina, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Edic. 1a. Ed. Porrúa. México, 1958.

Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas. Edic. 10a.- Ed. Salvat. España, 1968.

Fernández Aguirre Arturo. Derecho de los Bienes y Derecho de las Sucesiones. Edic. 1a. Ed. Cajica. Puebla, 1963.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Ed. 7a. Ed. Porrúa. México, 1985.

González Merlo, J. Ginecología. Edic. 5a. Ed. Salvat. Barcelona, 1988.

Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿ Que puede usted hacer con sus bienes antes de morir ?. Edic. 1a. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 1993.

Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. -- Edic. 2a. Ed. Cajica. Puebla 1982.

Kern, Gunther. Ginecología. Edic. 2a. Ed. Salvat. España, - 1976.

Margadant S. Guillermo Floris. Derecho Romano. Edic. 10a. - Ed. Porrúa. México, 1981.

Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Edic. 3a. Ed. Porrúa. México, 1972.

Mora Barba, Alejandro. Curso Elemental de Derecho Civil Edic. 1a. Ed. A cargo del autor. México, 1978.

Novak, Edmundo R y Geory Cana. Tratado de Ginecología. Edic. 9a. Ed. Interamericana. México, 1978.

Ortiz Urquidi, Raúl. Derecho Civil. Edic. 2a. Ed. Porrúa. México, 1982.

Pérez Peña, E. Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción. Un enfoque integral. Edic. 1a. - Ed. Salvat. México, 1981.

Planiol, Marcel. Tratado de Derecho Civil Francés. Las Sucesiones. T. IV. Edic. 1a. Ed. Cultural. Habana, 1933.

Pous Ivern, Luis. Clínicas Ginecológicas. Vol. 5. T. II Ed. Salvat. España, 1981.

Proceeding of The First World Congress on Fertility Sterility. Vol. 1. Ed. Jus. México, 1954.

Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Posesión. Derecho Hereditario o Sucesiones. -- Edic. 1a. Ed. El Nacional. México, 1942.
Derecho Civil Mexicano, Sucesiones. T. IV. Edic. 6a. Ed. - Porrúa. México, 1985.

Uribe, Luis. F. Sucesiones en el Derecho Mexicano. Edic. 1a. Ed. Jus. México, 1962.

Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. - - Edic. 2a. Ed. Porrúa. México, 1985.

H E M E R O G R A F I A

Allen, D.G. "Artificial insemination by donor at Grotte Schurr Hospital, Cape Town." S A M J. South Africa, -- 1985. Vol. 67. núm.23 February.

Bühler, E. "Genetic screening of in vitro fertilization embryo transfer patients." Experientia. Switzerland, -- 1985. núm. 41.

Cusine, Douglas J. "Some legal implications of embryo - transfer." Faculty of law of Aberdeen. The Lancet. -- England, 1979. núm. 25. August.

Elias, Sherman, M.D. "Social Policy considerations in - monoital reproduction." J A M A. U.S.A, 1986. Vol.255 núm. 1. January.

Estivilli, Luis Alberto. "Biología, Sociología y Derecho" Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santa Fe Ar-- gentina, 1978. núm. 120. 3a. serie.

Evans, Mark I. "Humana in vitro fertilization. Some -- legal issves." J A M A. U.S.A, 1981. Vol. 245. núm. 22. June.

Feit, Pedro León. "Tendencia al Reconocimiento de la Fa- milia como sujeto de Derecho." Cuadernos de los Institu- tos. Argentina, 1986. núm 1020.

Flores García, Fernando. "Filiación, Inseminación Artifi- cial en la especie humana." Criminalia, Organo de la Aca- demia Mexicana de Ciencias Penales. México, 1955. núm.6 Junio.

Frigerio, C.V. "Filiación". Revista Chilena de Derecho. Chile, 1974. Vol. 1. núm 1. Febrero.

Ferrer, Jorge y Martínez de Artolá. "Fecundación Artificial, Aspectos Médicos y Cuestiones Éticas". Revista de Medicina. Navarra, España, 1985. Vol XXIX, núm. 3. Julio.

Gálvez Acosta, Benito. "La mujer y la filiación". Anuario de la Escuela Judicial. Madrid, España. 1972. T.X.

Gómez Perea, Claudio. "Los derechos de la personalidad y las facultades de disposición del cuerpo humano". Revista del Poder Jurídico del Estado. Culiacán, Sinaloa 1986. núm. 6. Junio.

García Flores, Rogelio, F. "Inseminación Artificial con semen de donador". Ginecología y Obstetricia de México. México, 1986. núm 54.

García Mendieta, Carmen. "Fertilización extracorpórea, Aspectos legales". Revista Ciencia y Tecnología. México, 1985. núm. 65. Noviembre-Diciembre.

Langer, G. "Artificial Insemination a study of 156 successful cases". International Journal of infertility. - U.S.A. 1969. Vol. 14. núm. 3.

Lazcano, Carlos Alberto. "La Fecundación Artificial". -- Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina. 1950. núm.3. Julio-Septiembre.

Patito, José Angel. "La fecundación artificial in vitro y la ingeniería genética". Aspectos médico-legales. -- La Prensa Médica Argentina, Buenos Aires, Argentina, - 1981. núm.1B.

Rivero Gómez, Francisco. "El Patrimonio de Familia". Foro de México, México, 1961. núm. 100. Julio.

Ruiz Velazco, Victor. "Nuestra experiencia con la inseminación en la pareja estéril" Ginecología y Obstetricia de México. México, 1976. Vol. 39. Mayo.

Schwarstein, L. "Inseminación Artificial con semen del -- esposo." Obstetricia y Ginecología Latinoamericanas. Argentina. 1983. Enero-Febrero.

Soto Reyna, René. "Aspectos Médicos de la Inseminación -- Artificial en seres humanos". Revista del Supremo Tribunal del Estado de Durango. Durango, México. 1985-1986. -- núms. 20-21. Octubre-Marzo.

Zarate, Arturo. "Perfil Psicológico de la pareja estéril y recomendaciones para su manejo". Ginecología y Obstetricia de México. México, 1985. Vol. 53. núm. 336. Abril.

L E G I S L A C I O N

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. -- Edic. 86a. Ed. Porrúa. México, 1989.

Código Civil para el Distrito Federal. Edic. 62a. Ed. Porrúa. México, 1993.

Ley General de Salud. Edic. 9a. Ed. Porrúa. México, 1993.