

305
2 es.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LAS TECNICAS DE PROCREACION ARTIFICIAL HUMANA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

T E S I S

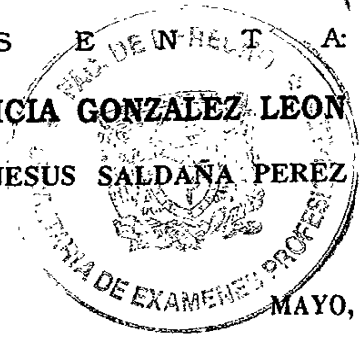
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:
MARTHA PATRICIA GONZALEZ LEON

ASESOR: LIC. JESUS SALDAÑA PEREZ



MEXICO, D.F.



MAYO, 1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

262790



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 DIOS:

Por darme la vida y permitirme llegar hasta este momento, y sobre todo porque le debo todo lo que soy y lo que pueda llegar a ser. GRACIAS.

A MIS PADRES:

SRA. MARÍA ELOY LEÓN ARANA

Por tu amor, tu comprensión, tus regaños, porque has estado a mi lado durante toda mi vida, ayudándome a descubrir mi personalidad y a convertir en realidad todos mis sueños, éste es uno de ellos y lo hemos hecho juntas. Tú eres mi mejor ejemplo. Gracias por que sin ti simple y sencillamente la realización de mi persona como profesionista no hubiera sido posible. ... Te quiero y espero llegar a ser la gran mujer que eres.

SR. FRANCISCO GONZÁLEZ ARANA

Como un pequeño tributo por lo años dedicados a brindarme tu orientación, apoyo, y consejos, sembrando en mí los principios de humildad, lealtad, honestidad y amor al trabajo y al estudio, que han caído en tierra fértil y hoy han dado sus frutos. Gracias por la fe que has depositado en mí y por enseñarme que la vida es un eterno principio. ... Empecemos de nuevo.

A MIS HERMANOS:

ELIZABETH, ROCIO, ADRIANA Y JOSÉ FRANCISCO

Porque en todos los instantes de mi vida han estado presentes, dándome su cariño y apoyo incondicional y porque un sentimiento como el que me une a ustedes no se define, se vive, se alimenta y al hacerlo se entrega. Gracias por ser mis mejores amigos y fuente de mi inspiración. ... Los quiero mucho.

A CRISTIAN:

Por tu colaboración, paciencia, apoyo y sobre todo ... AMOR. Gracias por permanecer siempre a mi lado, por preocuparte por mí y por estar al tanto de todo lo que me pasa, por todo esto y más ... ¡Esta tesis también es tuya!. T.Q.M.

A MIS ABUELITOS:

Fundadores y pilares de esta gran familia, les dedico este trabajo con amor y respeto. ... Gracias por creer en mí.

A LA LIC. CAROLINA GARDUÑO ESCOBAR :

Que me honra con su amistad y que siempre estuvo apoyándome y alentándome en mi formación profesional. Gracias por formar parte de este gran sueño.

A MI ASESOR:

LIC. JESÚS SALDAÑA PÉREZ

Por su excelente asesoría y por toda la ayuda y confianza que me brindó, regalándome horas de su valioso tiempo y compartiendo conmigo todos sus conocimientos; mismos que cristalizaron en realidad una de mis más grandes ilusiones. ... GRACIAS SIEMPRE.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Y LA FACULTAD DE DERECHÓ:**

Por abrirme sus puertas y acogerme en su seno, brindándome la oportunidad más grande que he tenido en mi vida. Mi reconocimiento por la irreclinable labor que realizan en la formación de los jóvenes que son el futuro de nuestro país.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS:

Y a todas aquellas personas que de alguna manera colaboraron con su granito de arena al logro de una de mis metas. ... Obtener el Título Profesional.

LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ARTIFICIAL HUMANA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

	PÁG.
INTRODUCCIÓN.	1

CAPITULO I.- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN *IN VITRO*. GENERALIDADES.

1.1 Notas Preliminares.	4
1.2 La Inseminación Artificial.	7
1. Concepto.	
2. Procedimiento Médico.	
3. Tipos de Inseminación Artificial.	
A).- Homóloga.	
B).- Heteróloga.	
a).- En mujer casada o concubina.	
b).- En mujer soltera.	
c).- <i>Post Mortem</i> .	
C).- Mixta o combinada.	
1.3 La Fecundación <i>in vitro</i>.	18
1. Concepto.	
2. Procedimiento Médico.	
3. Tipos de Fecundación <i>in vitro</i> .	
A).- Homóloga.	
B).- Heteróloga.	
a).- En mujer casada o concubina.	
b).- En mujer soltera.	
c).- <i>Post Mortem</i> .	
4. Modalidades de la Fecundación <i>in vitro</i> .	

- A).- La transferencia intratubaria de gametos (GIFT).
- B).- La transferencia intratubaria de cigotos (ZIFT).
- C).- La congelación de embriones.
- D).- La selección de sexo.
- E).- La quimera.
- F).- La partenogénesis.
- G).- La ectogénesis.
- H).- La clonación.

1.4 La Maternidad Subrogada.	32
1. Concepto.	
2. Modalidades de la maternidad subrogada.	

CAPITULO II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ARTIFICIAL HUMANA.

2.1 Evolución Científica.	38
2.2 Reseña Histórico Legislativa.	45

CAPITULO III.- EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

3.1 El Parentesco	58
1. Concepto.	
2. Antecedentes Históricos.	
3. Clases de Parentesco.	
A).- Parentesco consanguíneo.	
B).- Parentesco por afinidad.	
C).- Parentesco civil.	
4. Grados y Líneas.	
5. Consecuencias Jurídicas.	
3.2 La Filiación.	69
1. Concepto.	

2. Clases de Filiación.

A).- Filiación matrimonial.

- a).- *Concepto.*
- b).- Antecedentes históricos.
- c).- Determinación de la maternidad y paternidad.
- d).- Pruebas de la filiación matrimonial.
 - d.1).- El acta de nacimiento y matrimonio.
 - d.2).- La posesión de estado.
- e).- Acciones de filiación matrimonial.
 - e.1).- Contradicción de la paternidad.
 - e.2).- Desconocimiento de la paternidad.
 - e.3).- Reclamación de estado.

B).- Filiación extramatrimonial.

- a).- *Concepto.*
- b).- Antecedentes históricos.
- c).- Determinación de la maternidad y paternidad.
 - c.1).- El reconocimiento.
 - a').- *Concepto.*
 - b').- *Naturaleza jurídica.*
 - c').- *Características.*
 - d').- *Elementos personales*
 - e').- *Elementos de existencia.*
 - f').- *Elementos de validez.*
 - g').- *Efectos jurídicos.*
 - c.2).- La sentencia judicial
 - c.3).- Presunción de paternidad en el concubinato.
- d).- Pruebas de la filiación extramatrimonial.
- e).- Acciones de filiación extramatrimonial.
 - e.1).- Investigación de la maternidad y paternidad.
 - e.2).- Impugnación del reconocimiento.

C).- Filiación adoptiva.

D).- La legitimación.

3. Consecuencias Jurídicas de la Filiación.

CAPITULO IV.- LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN *IN VITRO*.

4.2 Marco Legal.	129
4.3 Efectos de la Inseminación Artificial y la Fecundación <i>in vitro</i> en el Parentesco.	136
4.4 Efectos de la Inseminación Artificial y la Fecundación <i>in vitro</i> en la Filiación.	138
1. La Inseminación Artificial.	
A).- Homóloga.	
B).- Heteróloga.	
a).- En mujer casada con consentimiento del cónyuge.	
b).- En mujer casada sin consentimiento del cónyuge.	
2. La Fecundación <i>in vitro</i> .	
A).- Homóloga.	
B).- Heteróloga.	
a).- En mujer casada con consentimiento del cónyuge.	
b).- En mujer casada sin consentimiento del cónyuge.	
3. La Inseminación Artificial y la Fecundación <i>in vitro</i> en Mujer Soltera.	
4. La Inseminación Artificial y la Fecundación <i>in vitro</i> <i>Post Mortem</i>	
5. La Maternidad Subrogada.	
4.5 Propuestas de Reformas al Código Civil en Materia de Filiación.	173
 CONCLUSIONES.	 181
 BIBLIOGRAFÍA.	 184

INTRODUCCIÓN

El derecho, siempre ha estado íntimamente ligado a los fenómenos sociales, políticos, religiosos y científicos por los que ha atravesado la humanidad; la razón es simple, el derecho es una ciencia dinámica que debe ir evolucionando al ritmo de los cambios sociales, de otra manera, sería anacrónico, y sus normas no estarían en congruencia con la realidad.

Sin embargo, los avances científicos en el ámbito de la biología, en especial lo referente a la genética y concepción humana, han hecho posible que actualmente el hombre intervenga en el proceso reproductivo, para que este tenga lugar sin necesidad del contacto carnal. Pero desafortunadamente en esta materia el derecho se ha quedado rezagado, a tal grado, que los conflictos que plantean estos avances científicos han rebasado las expectativas y previsiones de la legislación actual.

En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto presentar las implicaciones que plantean dichos avances científicos, por lo que analizaré lo insuficiente y en algunos casos obsoleta que resulta la actual legislación civil para resolver los múltiples cuestionamientos derivados de la reproducción artificial humana en materia de parentesco y filiación; y propondré algunas reformas legislativas que considero son indispensables para resolver dichos problemas, las cuales tendrán la provisionalidad que les imponga el constante desarrollo científico y la dinámica de las costumbres.

Respecto al marco teórico de esta investigación, cabe decir, en primer término, que dentro de la gran gama que ofrece la biotecnología moderna, son tan amplias las posibilidades que presentan estos adelantos científicos y tan variadas las técnicas de reproducción artificial, que en el presente trabajo solo habré de referirme a las que he

considerado mas importantes debido a su mayor aplicación en los seres humanos: Concretamente la inseminación artificial y fecundación *in vitro*. Así mismo, cabe resaltar que analizaré estrictamente el ámbito jurídico, dejando al margen de este estudio toda valoración ética, moral, religiosa, social o psicológica.

Por otro lado, y toda vez que jurídicamente, la procreación artificial humana puede ser estudiada desde múltiples puntos de vista, en la presente investigación me limitaré únicamente al análisis de un aspecto muy concreto; las consecuencias e implicaciones que surgen a partir de la utilización de estas técnicas en particular, en relación con el parentesco, y la filiación regulados en el Código Civil para el Distrito Federal.

En el capítulo primero, y aún cuando mi objetivo no es el estudio de la biogenética, con la finalidad de dar mayor claridad a esta investigación, en este apartado, determinaré los conceptos básicos y la terminología usual, así como las posibilidades médicas de utilización de los procedimientos en estudio, con la finalidad de comprender la forma en que operan estas técnicas y así obtener una mejor visión de los problemas legales que se derivan de su práctica.

En el capítulo segundo, haré una breve reseña de los antecedentes históricos más relevantes en el campo científico, desde su aplicación en animales hasta los últimos avances que se han dado, con experimentos genéticos como la clonación. Por otro lado, tomando en cuenta, que tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro*, han alcanzado una considerable difusión a nivel mundial, convirtiéndose en un fenómeno social que ha determinado el dictado de leyes en algunos países, igualmente analizaré la evolución legislativa que se ha manifestado en las principales naciones donde se encuentran reguladas.

En el capítulo tercero, estudiaré el régimen jurídico del Parentesco y la Filiación a la luz del Derecho Civil vigente en el Distrito Federal, razón por la cual, me permito aclarar que durante el desarrollo de esta investigación, todas las ocasiones en que me refiera al

Código Civil, deberá entenderse que es, el aplicable para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal.

En el cuarto capítulo, analizaré los efectos jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, en relación al parentesco y la filiación, con el fin de determinar las repercusiones de la aplicación de estas técnicas, en la determinación de los vínculos parentales del hijo, es decir, las consecuencias que estos hechos tienen en la interpretación de los textos legales. El objetivo primordial es ver que solución cabe dar a estos cuestionamientos con el Código Civil del Distrito Federal, o en su defecto, en el plano doctrinal, a fin de postular una futura reforma legislativa.

Considero que el legislador no puede desconocer la realidad social, y en vista de la escasa e insuficiente regulación que existe al respecto; me surgió la inquietud de desarrollar el presente tema, ya que, la procreación artificial humana, es una realidad en nuestro país, porque en instituciones tanto públicas como privadas, se prestan este tipo de servicios sin un estricto control ni marco legal, toda vez, que la legislación actual, deja demasiadas interrogantes y problemas irresueltos o con solución insatisfactoria, cuando no dudosa o debatible.

En consecuencia, cada día se hace más necesaria una reforma legislativa en esta materia, los juristas no podemos limitarnos a manejar un derecho que se muestra claramente insuficiente, sino pugnar por su renovación, toda vez que, las soluciones que brinda la actual legislación civil, además de inseguras por la dificultad de aplicar a una nueva realidad, una normatividad que no pensó siquiera en ella, puede conducir a soluciones inequitativas y hasta aberrantes en algunos casos.

CAPITULO PRIMERO

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN *IN VITRO* GENERALIDADES

1.1 Notas Preliminares

Para poder examinar las consecuencias jurídicas que la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* producen en el parentesco, es necesario, tener ciertos conocimientos biológicos acerca de éstos métodos de reproducción artificial. Por esta razón en el presente capítulo se hacen breves referencias básicamente de carácter descriptivo de los conceptos, clasificaciones y procedimientos médicos utilizados en las técnicas de procreación artificial humana en estudio.

Desde luego, ello no significa que se profundizará en el tema biomédico, ya que no es el objetivo primordial de este trabajo, al contrario, se estudiará lo estrictamente indispensable para tener un panorama general de los principales procedimientos utilizados en la inseminación y fecundación artificial, lo que posteriormente permita hacer una evaluación de sus repercusiones en materia de parentesco y filiación.

Por otro lado, y con la finalidad de evitar ambigüedad e imprecisión en el desarrollo de la investigación, es importante hacer notar la disimilitud que existe entre los términos "Inseminación" y "Fecundación", ya que algunos tratadistas los emplean como sinónimos, no obstante que existen grandes diferencias, tanto gramaticales como técnicas.

En primer término, la inseminación artificial se refiere a la forma por medio de la cual se ponen en contacto las células sexuales femeninas y masculinas, en donde, la fecundación y el resto de las funciones orgánicas y de desarrollo embrionario se desenvuelven de manera natural dentro del cuerpo de la mujer. Es decir, como lo expresa Hans Lüttger: "Si el óvulo femenino resulta fecundado en el cuerpo de la madre por el semen masculino introducido de esta manera artificial, estaremos - como en el caso del acto sexual - ante una fecundación natural."¹, y lo único artificial, es el procedimiento empleado para la conjunción de las células germinales, independientemente de que ocurra la posterior fusión de las mismas, lo cual, en todo caso, sucede naturalmente.

En sentido opuesto Leal Dávila, sostiene que la expresión "fecundación artificial, sólo es aplicable cuando la inseminación ha tenido éxito, esto es, de efectiva concepción, siendo más exacto designar el procedimiento mismo con la expresión inseminación artificial y reservar la de fecundación artificial a los casos de éxito positivo."²

Lo anterior, lleva entonces a pensar, que cuando el resultado de una inseminación artificial es exitoso y concluye con la creación del embrión, puede entonces ser llamada fecundación artificial, porque ésta se logró, lo cual, considero técnicamente incorrecto, ya que la técnica de inseminación artificial se agota precisamente con la introducción del semen al cuerpo femenino por medios atípicos, y los procesos biológicos que suceden después de este hecho se dan de manera natural, sin la intervención del hombre, por lo tanto en la inseminación artificial la fecundación siempre es espontánea.

En segundo lugar, la fecundación artificial, "se refiere a toda operación que tiene por objeto hacer germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos, recurriendo a

¹ "Medicina y Derecho Penal". Tr. del alemán por el Dr. Enrique Bacigalupo. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, España. 1984. Pág. 14.

² Ver. "La Reproducción Artificial Humana Frente al Derecho Civil Colombiano". En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Número 86. Julio - Agosto - Septiembre. 1989. Edit. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia 1989. Pág. 87.

procedimientos no naturales. El modo más llamativo de esta técnica es el que se efectúa in vitro. Así se logra el desarrollo del óvulo fuera del útero materno.”³

En esta técnica la artificialidad se duplica, ya que se manipulan dos momentos: tanto el medio para poner en contacto al óvulo con el espermatozoide, como el lugar en donde se realiza este encuentro y se inicia la gestación, lo que siempre ocurre extrauterinamente.

En conclusión, resulta inadecuado el uso indistinto de las expresiones inseminación y fecundación artificial, ya que éstas hacen referencia a dos procedimientos de reproducción artificial humana técnicamente distintos, y por ende, las consecuencias jurídicas que producen son diversas.

Por esta razón, para efectos del presente trabajo cada uno de los términos se referirán a una técnica en particular, sin embargo, para evitar cacofonías, cuando se hable de los dos procedimientos, se empleará el término de “reproducción artificial”, en virtud de que ambos tienen esa finalidad, la concepción de un ser humano por un medio distinto al natural.

Por último cabe destacar que algunos tratadistas, consideran incorrecto el uso del término “artificial”, para referirse a este tipo de métodos de reproducción humana, en virtud de que en opinión de Pérez Serrano esta palabra “evoca unas ciertas ideas mágicas de tipo taumatúrgico o poco menos”⁴, y sugieren se sustituya por el de “terapéutica”.

No obstante, el término “artificial” se ha impuesto en la doctrina y está bastante difundido, y no precisamente por evocar algo milagroso o sobrenatural, sino como una manera de nombrar a ciertos procedimientos de reproducción que son antagónicos a la

³ Giraldo Marín, Luis Carlos, cit. por Leal Dávila Luis Orlando. Loc. Cit.

⁴ N. Pérez Serrano, cit. por Martínez Calcerrada, Luis. “Derecho Médico”. Volumen Primero. Edit. Tecnos, S.A. Madrid, España. 1986. Pág. 475.

forma natural, es decir, al acto intersexual de la pareja, razón por la cual, en esta investigación se usará el término de artificial.

1.2 La Inseminación Artificial

1. Concepto

El término inseminación proviene del latín *insemināre* o *inseminatio* que significa "verter el semen o semilla",⁵ mientras que artificial deriva del latín *artificialis* que significa "hecho por arte del hombre"⁶, es decir, etimológicamente inseminación artificial significa el acto de verter el semen por arte del hombre.

Desde el punto de vista médico, Soto Lamadrid define a la inseminación artificial como "la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado."⁷

Biológicamente la inseminación artificial no es una forma de reproducción asexual, ya que, sin bien es cierto, que la introducción del esperma se produce con ausencia del ayuntamiento carnal, también lo es, que el carácter sexuado de la inseminación artificial se lo da precisamente la unión de las dos células sexuales humanas (el óvulo y el espermatozoide), independientemente de que el mecanismo para su encuentro sea distinto al acto copulatorio.

Por lo que hace al campo doctrinal, muchos son los autores que han definido a la

⁵ García de Diego, Vicente. "Diccionario Etimológico Español e Hispánico". Edit. Espasa - Calpe S.A. Madrid, España. 1985. Pág. 1452.

⁶ Ibidem. Pág. 269.

⁷ "Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y Experimentación Genética". Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990. Pág. 20.

inseminación artificial (también llamada por algunos tratadistas "eutelegenesia"⁸), dentro de los clásicos destaca Vlaming - Bender, quien define a la inseminación artificial como "el modo de introducir el esperma del varón en el organismo de la mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto a la forma natural."⁹

Del anterior concepto queda claro el hecho de que la inseminación artificial siempre implica la ausencia del ayuntamiento carnal, es decir, el modo de conducción del esperma al interior del cuerpo femenino se hace por medios distintos al coito.

Dentro de la doctrina mexicana, Gutiérrez y González, afirma que de manera genérica la inseminación artificial es "el encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra - útero - por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad del contacto carnal."¹⁰

Sin embargo, considero que la inseminación artificial no es exactamente el encuentro de las células sexuales humanas, ya que, precisamente dicha fusión recibe el nombre de fecundación, sino es propiamente la introducción del esperma en el útero de la mujer, por medios distintos de los naturales. Por tanto, en este caso no se asegura el encuentro o fusión de las células sexuales, ya que este suceso, como se ha mencionado con anterioridad, ocurre de manera aleatoria en el interior del cuerpo de la mujer.

En consecuencia, la inseminación artificial es el procedimiento por medio del cual, es introducido el gameto masculino en el cuerpo femenino, de manera no natural, es decir, de modo distinto al acto sexual.

Finalmente en nuestra actual legislación (Ley General de Salud y su reglamento en

⁸ Gran parte de la doctrina española y católica, prefieren el uso del término eutelegenesia, para referirse a la inseminación artificial, y dicha palabra tiene su origen etimológico en el griego eu "bien", tene "a distancia" y cia "generación", es decir generación selecta a distancia. Martínez Calcerrada, Luis. Ob. Cit. Pág. 476.

⁹ Vlaming - Bender. Cit. por Martínez Calcerrada, Luis. Loc. Cit.

¹⁰ "El Patrimonio, Pecuniario y Moral o derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio". Edit. Porrúa, S.A. México. 1991. Pág. 679.

materia de investigación para la salud) se ha omitido hacer una definición de esta técnica, no obstante se permite su práctica. Sin embargo, esta y muchas otras deficiencias y lagunas legales que existen en la materia, serán objeto de estudio en capítulos subsecuentes.

2. Procedimiento Médico

Dentro de la gran gama que nos ofrece la biotecnología moderna, la inseminación artificial, es la técnica de reproducción asistida más sencilla, en virtud de que, en este caso, lo ficticio radica únicamente en el mecanismo de conducción del semen.

De manera general y siguiendo el criterio de Soto Lamadrid, el procedimiento médico utilizado para esta técnica, es el siguiente:

"La mecánica más simple, suponiendo la sanidad de los gametos, sería la de recolectar el semen e introducirlo de inmediato, por cualquier medio estéril, al fondo del conducto vaginal, lo que nos sugiere la posibilidad de autoinseminación, la que puede resultar exitosa si se realiza en la época de ovulación, en mujeres que no sufran ninguna deficiencia funcional u orgánica. Sin embargo, la técnica más común, y la que ofrece mayores garantías, es la introducción de los espermatozoides, debidamente preparados, en la matriz de la mujer, usando cánulas o jeringas, lo que no requiere de técnicas especiales, ni produce riesgos importantes para la receptora."¹¹

De lo anterior se desprende que; por la sencillez del procedimiento existe la posibilidad de que la inseminación artificial, pueda ser practicada sin asistencia médica, y sólo con el auxilio de algunos instrumentos quirúrgicos de fácil manejo, lo que hace asequible esta técnica a cualquier persona y presupuesto.

¹¹ Ob. Cit. Pág. 30.

Técnicamente los médicos clasifican a la inseminación artificial, como intracervical, cuando el semen se introduce en la vagina o el cuello del útero de la mujer, y cuando la introducción se hace en el interior del útero, la inseminación se denomina intrauterina.¹²

Ahora bien, aún cuando el procedimiento sea aparentemente de fácil manejo, es importante destacar que, las posibilidades de éxito aumentan, cuando la inseminación se realiza bajo un estricto control médico y con el empleo de aparatos especializados, independientemente de que con estas medidas se protege la integridad física y funcional de la mujer inseminada y del producto.

3. Tipos de Inseminación Artificial

No sólo los juristas han intentado catalogar los tipos de inseminación artificial, sino también los médicos, filósofos, biólogos y genetistas. Cada uno dependiendo de su especialidad ha hecho sus propias clasificaciones. Así existen sistematizaciones según su estructura terapéutica, sus características, sus finalidades, sus posibilidades técnicas y por las personas a las que se practica.

Siguiendo el criterio de Gutiérrez y González se clasificará a la inseminación artificial, de acuerdo al origen de las células germinales y la mujer a la que se practique,¹³ a fin de hacer un estudio en ulteriores capítulos, de los efectos que cada una de las posibilidades producen en materia de parentesco y filiación.

A).- Homóloga.

¹² Zannoni, Eduardo A. *"Derecho Civil. Derecho de Familia"*. Tomo 2. Segunda Edición actualizada y ampliada. Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pág. 469.

¹³ Ob Cit. Págs. 700 - 701.

Este tipo de inseminación recibe diferentes denominaciones, entre las que destacan las siguientes: Inseminación Artificial Matrimonial (I.A.M.); Inseminación Artificial Conyugal (I.A.C.); Inseminación con elemento activo del marido; Autoinseminación; Inseminación Artificial Consorcial e Inseminación Artificial Interconyugal, y por último en el idioma inglés, *Artificial Inseminatio of Husban or Homolugus (I.A.H.)*.

El término que ha sido prohiado ampliamente en la doctrina, es el de inseminación artificial homóloga, por que, "viene a hacer las veces, por su semejanza - homologación- con la inseminación natural en la que también es el semen del marido el que produce la concepción de la esposa."¹⁴

La inseminación artificial homóloga es la que se practica en una mujer unida en matrimonio o concubinato con semen del marido o concubino.

Algunos autores, como Martínez Calcerrada y Chávez Asencio, opinan que la inseminación homóloga es únicamente aquella que se efectúa con "elementos del matrimonio, es decir, el óvulo de la esposa y el espermatozoide del marido."¹⁵

En principio considero que es cierta esta afirmación, ya que el status jurídico de un hijo nacido de una relación de concubinato es de extramatrimonial, sin embargo, en cuanto a la forma de determinar la filiación de los hijos habidos dentro de una relación de concubinato, se hace una diferencia en relación al resto de los hijos extramatrimoniales, ya que en este caso, se establece por medio de una presunción en favor del concubinario (Art. 383 del Código Civil), lo anterior encuentra su fundamento en que el concubinato como una relación de hecho, hace presumir cierta estabilidad, permanencia y exclusividad de las relaciones sexuales de la pareja, en una situación semejante (no igual) a la habida dentro del matrimonio, lo que da también seguridad jurídica en la paternidad del concubinario.

¹⁴ Martínez Calcerrada, Luis. Ob. Cit. Pág. 511.

¹⁵ Chávez Asencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales". Segunda Edición Actualizada. Edit. Porrúa, S.A. México. 1992. Pág. 25.

En este sentido, considero que la inseminación artificial realizada en la concubina con semen de su concubino, es homóloga, en cuanto a la forma de determinar la filiación del hijo con sus progenitores, aún cuando su calidad siempre sea la de hijo extramatrimonial.

Por otro lado, la inseminación artificial, es indicada, cuando ambos miembros de la pareja sean biológicamente aptos para la reproducción, es decir, tanto el óvulo como el semen deben ser aptos para la fecundación.

Desde el punto de vista médico la inseminación artificial homóloga es aconsejable en los siguientes casos:

- 1.- Cuando una anomalía física o psíquica impide una inseminación natural.¹⁶
- 2.- Cuando el hombre sea sometido a un tratamiento químico o de radioterapia que afecten su virilidad o descendencia.
- 3.- Cuando alteraciones de las secreciones del cuello uterino de la mujer, destruya los espermias o bien impida su ascenso al lugar en donde deben fecundar al óvulo.

Está técnica también se recomienda en los casos de separación física de la pareja a distintos puntos geográficos. "Este último supuesto se dio a conocer bajo el nombre de 'inseminación de guerra', especialmente mediante las llamadas acciones de envío de semen realizadas por las fuerzas armadas norteamericanas durante la Segunda Guerra Mundial y en la Guerra de Corea"¹⁷. Gutiérrez y González denomina a este tipo de inseminación como "Teleinseminación".¹⁸

¹⁶ La anomalía física en varones puede ser causada por oligoastenospérmia, epispadia, hipospadia, paraplejía, eyaculación retrograda, impotencia y fimosis, mientras que en las mujeres por vaginismo, malformación del útero y estenosis. Por otro lado, la anomalía psíquica en los varones puede ser a causa de eyaculación precoz, impotencia coendi, mientras que en las mujeres por frigidez, hiperexcitación y ninfomanía entre otras causas. Para una descripción médica detallada de estos padecimientos. Ver. Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Págs. 23 - 24.

¹⁷ Lüttger, Hans. Ob. Cit. Págs. 15 - 16.

¹⁸ Ob. Cit. Pág. 701.

Como se ha manifestado anteriormente, la práctica de la inseminación artificial homóloga, presupone la fertilidad de la pareja, sin embargo, desde el punto de vista médico, a pesar de esta fecundidad, esta contraindicada, cuando exista la posibilidad de que se transmitan enfermedades graves o hereditarias de uno de los cónyuges; cuando el embarazo ponga en peligro la vida de la mujer, o bien, cuando la incompatibilidad sanguínea signifique un riesgo para el niño.¹⁹

B).- Heteróloga

Este tipo de inseminación además ha recibido otras denominaciones, tales como: Heteroinseminación; Inseminación artificial extramatrimonial; Inseminación artificial con semen de dador; Inseminación artificial donante; Inseminación corpórea donante y en ingles se le llama *Artificial Insemination with Donor. (A.I.D.)*.

Sin embargo, el término que ha adoptado gran parte de la doctrina jurídica, no así la médica, es el de inseminación artificial heteróloga.

En efecto, la doctrina médica, no comparte el uso del término heterólogo, en virtud de que en este campo el concepto heterólogo hace referencia a lo que acontece entre diferentes especies; por lo que la inseminación artificial con semen del marido o de un donante, es homóloga, toda vez que se trata de la conjunción de células sexuales de seres de la misma especie, mientras que sería heteróloga cuando se trate de una hibridación, es decir de la unión de células sexuales humanas con otras de distinta especie.²⁰ En consecuencia consideran más propio llamar a esta técnica "*inseminación artificial donante*".

¹⁹ Lüttger, Hans. Ob. Cit. Pág. 16.

²⁰ Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 22.

Ahora bien, dejando al margen cuestiones técnicas, y tomando en cuenta, que el término heterólogo, es aceptado por la mayoría de los juristas, se adoptará para efectos de la presente investigación, no obstante se considera que desde un punto de vista estrictamente médico, es mejor nombrar a esta técnica como inseminación artificial donante.

Además opino que doctrinalmente se ha denominado inseminación artificial heteróloga, con base en la existencia o inexistencia, de vínculo matrimonial o de concubinato, es decir, la distinción se hace, en atención a que el elemento genético usado para la inseminación provenga de una pareja unida por matrimonio o concubinato, o bien cuando uno de los gametos provenga de persona ajena a la pareja o se practique a una persona que no tenga ningún vínculo con otra; resultando obvio que se trata de seres de la misma especie.

La inseminación artificial heteróloga es entonces, aquella que se realiza con semen de un tercero que no es el marido o concubino; el cual recibe el nombre de donante.

En este supuesto, el donante del semen puede ser una persona conocida de la pareja o bien un anónimo, como acontece en la mayoría de los casos, cuyo semen haya sido previamente depositado en una banco de semen, en donde lo mantienen fresco o congelado y en opinión de Eduardo Zannoni "debidamente clasificado de acuerdo con las características físicas del donante - fenotipo -".²¹

Por su parte Chávez Asencio, afirma que la inseminación artificial heteróloga es aquella que se practica "con elementos extraños al matrimonio, o bien sea con elemento masculino extraño, con elemento femenino extraño, o con ambos extraños pero implantados en la esposa."²²

²¹ Ob. Cit. Pág. 469.

²² Ob. Cit. Pág. 25.

Desde mi punto de vista, este concepto es técnicamente incorrecto, toda vez que, el procedimiento de inseminación artificial consiste, únicamente en la introducción del semen al interior del cuerpo femenino, por lo tanto, la única célula sexual sustituible, es la masculina, no así la femenina, toda vez que el proceso de fecundación y gestación ocurre de manera natural en el vientre de la mujer.

Por otro lado, si se tratase de donación de óvulos, ya no se hablaría de inseminación artificial, sino de fecundación *in vitro*, en virtud de que, en este supuesto, es necesario llevar a cabo la fecundación extracorporeamente con la posterior implantación del embrión. Finalmente como ya se ha manifestado, existe la posibilidad de que no sólo se trate de una pareja unida en matrimonio, sino también en concubinato.

Para la práctica de la inseminación artificial heteróloga, en cualquiera de sus modalidades es presupuesto indispensable la fertilidad de la mujer. Esta técnica se encuentra médicamente indicada en los siguientes casos:

1.- En caso de esterilidad del marido o concubino.²³

2.- En el caso de que exista peligro de contagio de una enfermedad grave o hereditaria por parte del padre, o bien anomalías cromosómicas.

En el caso de una mujer soltera, "la razón de la inseminación reside en el deseo de ser madre sin tener relaciones sexuales con un hombre, o en la consideración de que la posición social de la madre soltera y del niño son más favorables, si la concepción se basa en una inseminación artificial y no en relaciones sexuales extramatrimoniales."²⁴

²³ Esta esterilidad puede ser producida por azoospermia secretora y excretora, astenospermia, hiperspermia o necrospermia. Para una descripción médica detallada de estos padecimientos. Ver. Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 25.

²⁴ Lüttger, Hans. Ob. Cit. Pág. 16.

En ese sentido, al tratarse este tipo de inseminación, de la unión de dos células germinales de individuos que no los une ningún lazo de hecho ni jurídico, pueden derivarse los siguientes supuestos:

a).- En mujer casada o concubina

Es aquella que se práctica en una mujer casada o que viva en concubinato, con semen de un hombre distinto a su cónyuge o concubino.

b).- En mujer soltera

En este supuesto, la inseminación se práctica en una mujer que no tenga ninguna relación matrimonial o de concubinato, como es el caso de la que nunca ha contraído nupcias, la divorciada o la viuda; en cuyo caso, el líquido fecundador procederá de un donante.

c).- *Post Mortem*

A últimas fechas se ha difundido e incluso en algunas legislaciones europeas, -como la Española- aparece regulada la posibilidad de inseminar a una mujer viuda, con semen de su cónyuge o concubino ya fallecido, atribuyéndose a éste la paternidad del hijo producto de la inseminación, denominándose a esta práctica Inseminación Artificial *Post Mortem*.

Para el uso de esta forma de reproducción artificial, se requiere de la técnica de congelación y descongelación de semen, es decir, en primer lugar el semen se extrae y es

congelado, por lo que una vez que éste fallece se descongela y se introduce a la vagina de su cónyuge o concubina.

Martínez Calcerrada opina que la inseminación *post mortem* puede ser homóloga cuando se insemine con semen del cónyuge fallecido o bien heteróloga cuando se insemine con el semen de un donante desconocido.²⁵

Desde mi punto de vista, la inseminación artificial *post mortem*, es heteróloga, ya que no podemos hablar de que la misma se produzca dentro del matrimonio como lo presupone la inseminación homóloga, en virtud de que el vínculo matrimonial fue disuelto con la muerte del cónyuge, por lo tanto, el semen al momento de la inseminación no pertenece al marido de la mujer insemianda, precisamente porque éste dejó de serlo desde el momento de la disolución del matrimonio, a causa de su muerte, y puede incluso estar ya casada con otra persona.

En consecuencia, en todos los supuestos, la inseminación artificial *post mortem* o también llamada póstuma, es siempre una forma especial de inseminación heteróloga. En el mismo sentido Hortal Alonso afirma que "la inseminación artificial tras la muerte del marido no es propiamente tal, sino inseminación artificial heteróloga, aunque el donante sea, en este caso, una persona muy concreta con la que la mujer receptora ha estado unida en matrimonio, y presumiblemente sigue unida con fuertes lazos afectivos."²⁶

Como se puede vislumbrar, la práctica de esta técnica plantea interrogantes muy interesantes; sobre todo en relación al parentesco, ya que, se trata de hijos procreados después de la muerte del padre, no obstante, las respuestas a estos cuestionamientos son materia de capítulos subsecuentes.

²⁵ Ob. Cit. Págs. 511 y 516.

²⁶ Cit. Por Lledo Yagüe, Francisco. "Fecundación Artificial y Derecho." Edit. Tecnos, S.A. Madrid, España. 1988. Pág. 199.

C).- Mixta o Combinada

A últimas fechas, varios son los autores que consideran una tercera categoría de inseminación artificial; la han denominado Confusa, Mixta o Combinada, y consiste en la inseminación de la esposa o concubina con semen resultante de la combinación de espermatozoides de su marido o concubino con el de un tercero donante.

En este caso, existe la posibilidad de que la mujer sea inseminada, con semen de su marido o de un tercero, permitiendo a su pareja, pensar que el hijo es biológicamente suyo, con todas las consecuencias emocionales que este hecho provoca.

Siguiendo la opinión de Di Cio, considero que esta no es una tercera forma de inseminar artificialmente, sino que es una variante de la inseminación artificial heteróloga, en virtud de que, "si se recurre al semen de un tercero (aunque se combine con el del marido), es porque se ha llegado a la conclusión de que los espermatozoides de este último, no son aptos para fecundar a la esposa. Así las cosas, parece claro que lo realmente importante en esta modalidad de inseminación, es la figura del donante."²⁷

1.3 La Fecundación *in vitro*

1. Concepto

El vocablo fecundación etimológicamente deriva del latín *fecundare* o *fecundus*, que significa "fertilizar o hacer productiva una cosa"²⁸, mientras que la locución *in vitro*, tiene su origen en el latín y significa "dentro de un vaso de vidrio"²⁹, por lo que de acuerdo con

²⁷ Cit. por Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 23.

²⁸ García de Diego, Vicente. Ob. Cit. Pág. 1253.

²⁹ *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Tomo VI. Edit. Selecciones del Reader's Digest. México. 1986. Pág. 1962.

su origen etimológico, fecundación *in vitro* significa, el acto de fertilizar dentro de un recipiente de vidrio.

Medicamente, se ha definido a la fertilización *in vitro*, como "la fecundación del óvulo fuera del organismo, en un medio de cultivo apropiado, seguida de la implantación del huevo, después de las primeras divisiones, en un útero que permita su anidación."³⁰

De modo más simple Soto Lamadrid define a esta técnica como la reproducción "con técnicas de laboratorio, del proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*."³¹

Dentro del campo de la doctrina jurídica, esta técnica de reproducción asistida, ha recibido diferentes denominaciones, tales como: Fecundación extracorporea; artificial; *in vitro*, extracorporal; e incluso Vidal Martínez, le llama "bebé probeta"³², a causa del nombre que llevo la primer niña nacida por medio de este método. Sin embargo, tanto dentro del campo de la medicina, como el jurídico esta técnica es mejor conocida por sus siglas "FTV".

Por su parte, Silva Ruiz, define a la fertilización *in vitro* como el conjunto de "varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad. El método más frecuentemente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización *in vitro* con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquél procedió."³³

³⁰ *Gran Enciclopedia Larousse*. Tomo 9. Edit. Planeta. Barcelona, España. Abril. 1991. Pág. 4259.

³¹ Ob. Cit. Pág. 33.

³² "Las Nuevas Formas de Reproducción Humana: Estudio desde la Perspectiva del Derecho Civil Español". Primera Edición. Edit. Civitas, S.A. en coedición con la Universidad de Valencia. Madrid, España. 1988. Pág. 155.

³³ Ver. Silva Ruiz, Pedro F. "El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial In Vivo e In Vitro". En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XXXVII. Números 151- 152 - 153. Enero- Junio. 1987. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Pág. 209.

En conclusión, la fecundación *in vitro* es el acto de impregnación de la célula sexual masculina en la femenina fuera del medio natural, *in vitro* o probeta, a través de procesos físicos adecuados, por lo que una vez lograda ésta y formado el huevo o cigoto es trasplantado al vientre de la madre que se encargará de la gestación del niño.

Esta técnica se compone de dos momentos: el primero, consiste en la unión de los gametos del hombre y la mujer en un medio extracorpóreo y el segundo consiste en la implantación del producto de la fecundación en la mujer que llevará el embarazo.

Con el uso de este procedimiento, la artificialidad se duplica, razón por la cual, Martínez Calcerrada nombra a este procedimiento inseminación artificial de segundo grado, en virtud de que, no solamente se manipula la puesta en contacto de los elementos ontogénicos, sino que además se manipula el resultado de esta fecundación (embrión), realizando la transferencia al útero que se encargara de la gestación, o bien, congelándolo para un uso o destrucción posterior.

En consecuencia, al poder ser manipulados estos dos momentos, origina un sin número de hipótesis; mas complicadas que en el caso de la inseminación artificial, ya que, la transferencia del embrión resultado de la fecundación, no se hace necesariamente en el cuerpo de la mujer portadora del óvulo, sino puede ser en otra, que llevará el encargo de la gestación (madre subrogada).

Estas posibilidades tan debatidas moral, social y legalmente, abren numerosas posibilidades, muchas de las cuales continúan investigándose y perfeccionándose, otras han dado origen a las modalidades que en breve estudiaremos.

Por lo que se refiere al ámbito legal, la legislación es omisa, ya que, no define este procedimiento, no obstante que permite su uso.

2. Procedimiento Médico

La fecundación *in vitro*, es mucho más compleja que la inseminación artificial, ya que, ésta última, incluso se práctica sin necesidad de hospitalización, mientras que la la fecundación *in vitro*, requiere para su realización de sofisticados aparados médicos y especialistas en la materia.

Brevemente y siguiendo el criterio de Martínez Calcerrada³⁴, diremos que las facetas de las que se compone el complicado procedimiento de fecundación artificial, son las siguientes:

1.- Obtención del óvulo femenino, por medio de laparoscopia³⁵ y un método adecuado de extracción.

2.- Conservación del óvulo extraído, en incubadora en un fluido de cultivo hasta que se encuentre apto para la fecundación.

3.- Obtención del semen masculino, por medio de masturbación o de impulsos eléctricos.

4.- La fecundación propiamente dicha, es decir, el encuentro del óvulo con los espermias, hasta que uno de ellos logra penetrar en el núcleo y fecundar.

5.- La formación de huevo o cigoto, resultado de la fecundación, e inicio de la génesis del embrión.

6.- La trasfereencia del embrión al útero de la madre que llevara a término la gestación.

A partir de la transferencia del embrión y hasta el parto, el proceso de gestación se realiza de manera natural dentro del vientre de la madre.

³⁴ Ob. Cit. Pág. 477.

³⁵ Laparoscopia es "el procedimiento instrumental que permite visualizar el interior de la cavidad del abdomen, se realiza a través de una pequeña apertura en la pared abdominal anterior, y utilizando un artificio luminoso". Taboada, Leonor. "La maternidad Tecnológica: de la Inseminación Artificial a la Fertilización *In Vitro*". Primera Edición. Edit. Icaria. Barcelona, España. 1986. Pág. 76.

El alumbramiento se realiza en la mayoría de los casos por cesárea y muchas veces múltiple, ya que el número de embriones transferidos, oscila entre dos y cuatro, con la finalidad de maximizar el éxito de la fecundación y conseguir que cuando menos uno de los embriones anide en las trompas de falopio.

Es importante destacar que esta complicada forma de reproducción artificial humana continúa siendo investigada en cada una de sus etapas para su perfeccionamiento, por lo que en unos años los índices de nacimientos por medio de esta técnica ascenderán notablemente.

3. Tipos de Fecundación *in vitro*

Tanto la inseminación como la fecundación artificial, admiten la clasificación de homóloga y heteróloga, según la persona en la que se practique y el origen de las células germinales.

A).- Homóloga

La fecundación *in vitro* homóloga se practica con células sexuales de los miembros de una pareja unida en matrimonio o concubinato, en cuyo caso la gestación puede ser llevada a cabo por la esposa o concubina portadora del óvulo, o bien, por una mujer que preste su vientre para la gestación. Este último supuesto, es la llamada "maternidad subrogada".

Desde el punto de vista médico, la fecundación artificial homóloga, es recomendada en los siguientes casos:

1.- Cuando la capacidad para ovular y gestar de la mujer no estén dañadas y solo tenga alguna obstrucción o alteración irreparable en las trompas de falopio, que impida que sus óvulos puedan descender para encontrarse con los espermatozoides dentro del útero. En este caso se realiza la transferencia del embrión a su propio cuerpo.

2.- Cuando se presente infertilidad en la mujer, pero no esterilidad, es decir, que ésta no sea capaz de retener al producto en su vientre, pero que pueda crear óvulos. En este supuesto la transferencia del embrión se hará a una madre subrogada, pero el material genético es el aportado por la pareja.

3.- Cuando el hombre pueda generar espermatozoides, pero alguna anomalía física o psíquica impida que éstos puedan fecundar al óvulo por medio de la cópula.

Cabe enfatizar que para la práctica de esta técnica, es presupuesto indispensable que los miembros de la pareja tengan plena capacidad de producir sus células sexuales, esto es, que no sean estériles, ya que es con sus propios gametos con los que se realiza la fecundación *in vitro*.

B).- Heteróloga

La fecundación *in vitro* heteróloga, es aquella que se realiza con alguna célula sexual de un tercero extraño a la pareja unida en matrimonio o concubinato, y que generalmente se le denomina donante.

En este caso el gameto donado, puede ser tanto femenino como masculino e incluso ambos, lo que diferencia de plano esta técnica con la de inseminación artificial, donde el gameto donado es exclusivamente masculino.

Por otro lado, una vez ocurrida la primera etapa de la técnica, es decir, la fecundación; la segunda etapa o sea la transferencia del embrión, puede realizarse en la mujer portadora del óvulo, o bien en una tercera que preste su útero para llevar a cabo la

gestación. Incluso a últimas fechas ya se habla de la congelación de dichos embriones, para usos científicos y de investigación.

Dada la naturaleza de esta técnica, las hipótesis se multiplican, y pueden dar origen a que se presenten los siguientes supuestos:

- 1.- La fecundación del óvulo de la esposa o concubina con semen donado e implantación del embrión en la esposa.
- 2.- La fecundación del óvulo de la esposa o concubina con semen donado e implantación del embrión en el útero de otra mujer a la que se encargue la gestación.
- 3.- La fecundación del un óvulo donado con semen del cónyuge o concubino y la posterior implantación del embrión en la esposa.
- 4.- La fecundación del un óvulo donado con semen del cónyuge o concubino y la posterior implantación del embrión en otra mujer a la que se encargue la gestación.
- 5.- La fecundación de gametos donados y la posterior implantación del embrión en la esposa.
- 6.- La fecundación de gametos donados y la posterior implantación del embrión en el cuerpo de otra mujer a la que se encargue la gestación.

Es importante destacar que tanto el semen como los óvulos donados, pueden ser frescos o previamente recolectados en bancos especiales, que los conservan congelados.

Este tipo de fecundación artificial, esta médicamente indicada en los siguientes casos:

- 1.- En esterilidad de la mujer por obstrucción en las trompas, trastornos en la ovulación, lesiones en el cuello del útero, alteraciones en el moco cervical, o bien por rechazo de las células germinales de su pareja. Sin embargo, si la mujer es fértil, la transferencia del embrión se hace a su cuerpo.

2.- En caso de infertilidad y esterilidad de la mujer, en donde la transferencia del embrión se hará a otra mujer y la fecundación con un óvulo donado.

3.- En esterilidad del varón, en cuyo caso, la fecundación se práctica con semen donado; y la transferencia del embrión se hace al útero de la esposa o de otra mujer dependiendo de la fertilidad de la primera.

4.- En el caso de que ambos miembros de la pareja sean estériles o bien se rechacen sus células germinales; en cuyo caso se debe recurrir a la donación de gametos, y la transferencia del embrión se hará en la esposa o en otra mujer; si la primera no fuese fértil.

Por otro lado, en la fecundación *in vitro* heteróloga, al intervenir necesariamente un elemento genético extraño o incluso ambos, es necesario, distinguir los supuestos en que la misma, puede ser practicada:

a).- En mujer casada o concubina

Es la fecundación artificial que se realiza con el óvulo de una mujer casada o concubina, y espermia de un tercero donante, o bien, con espermia del esposo o concubino y óvulo de una donante, o incluso puede suceder que los gametos donados sean ambos.

En este caso el trasplante de embrión, se puede realizar en el útero de la esposa o concubina o en el de una mujer que preste el suyo.

b).- En mujer soltera

En este supuesto, la fecundación *in vitro*, se practica en una mujer que no tenga ninguna relación matrimonial o de concubinato, como la mujer que nunca ha contraído nupcias, la divorciada o la viuda; con espermia de un donante. En este caso la gestación del embrión puede llevarse a cabo por la mujer soltera o bien por una subrogada.

c).- *Post Mortem*

En este supuesto el portador de las células sexuales (femenina o masculina) ya ha fallecido, pero sus gametos se encuentran congelados, por lo que mediante un proceso de congelación y descongelación, se produce la fecundación artificial.

Cuando la fecundación artificial es practicada con semen del cónyuge o concubino y el óvulo de la pareja fallecida, necesariamente la gestación se llevará a cabo por una madre subrogada, pero cuando la fecundación sea producto de la conjunción del semen de marido o concubino muerto y el óvulo de la esposa o concubina; la transferencia del embrión, puede realizarse al cuerpo de la mujer portadora del óvulo o al de una tercera que preste su útero para la gestación.

4. Modalidades de la Fecundación *in vitro*

La compleja técnica de fecundación artificial, ha venido a descubrir nuevos horizontes en el campo de la reproducción humana, brindando la posibilidad de manipular no sólo las células sexuales humanas, sino a los embriones resultado de la fusión de las mismas.

Sin embargo, esta manipulación puede adoptar varias formas; "desde la más sencilla que es la que se efectúa en el cumplimiento de la técnica, como la capacitación de los espermatozoides o la maduración de los óvulos, hasta la intervención sobre los embriones ya sea doblándolos, fraccionándolos, clonándolos, fundiéndolos, haciéndolos crecer extracorporalmente o alterando los genes."³⁶

Dentro de toda esta gama de posibilidades científicas, hay algunas que son positivas,

³⁶ *Ibidem*. Pág. 51.

y que engloban todas aquellas practicas que tiene que ver con “el origen, fases precoces y desarrollo de la vida humana, investigaciones sobre fertilidad, investigaciones sobre anticoncepción y sobre el origen del cáncer.”³⁷ Dentro de este rubro se encuentran: La transferencia intratubaria de gametos (GIFT); la transferencia intratubaria de cigotos. (ZIFT); el congelamiento de embriones y la selección de sexo.

Por otro lado, existen prácticas médicas, científicamente posibles, pero negativas o no deseables, ya que además de carecer de utilidad terapéutica, atentan con la dignidad e integridad del ser humano. “Es en estos casos cuando la curiosidad científica aparece desprovista de todo altruismo, cuando se justifica la secular acusación de que el científico quiere usurpar, por vanidad, el lugar reservado a la fuerza genética del Universo, también llamado Dios.”³⁸

Afortunadamente la gran mayoría de estas prácticas se encuentran en etapa experimental, y aún no son aplicadas en seres humanos. Dentro de este segundo grupo de experiencias científicas destacan: La quimera, partenogénesis, ectogénesis y clonación.

Bajo esta panorámica, a continuación se analizan someramente, cada una de estas prácticas.

A).- La transferencia intratubaria de gametos (GIFT)

Esta técnica, mejor conocida en la doctrina tanto médica como jurídica, por su siglas en ingles GIFT, (*Gametes Intra Fallopian Transfer*), se define como el procedimiento por medio del cual, “se insertan mecánicamente en una cánula, el óvulo y los

³⁷ Ibidem. Págs. 52 - 53.

³⁸ Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 30.

espermatozoides y se les introduce en las trompas de falopio de la mujer, para que en dicho lugar acontezca naturalmente la fecundación."³⁹

Este procedimiento es desarrollado en los Estados Unidos de Norteamérica desde el año de 1985, con exitosos resultados; siendo pionero del mismo el ginecólogo argentino Ricardo Asch.

Esta técnica tiene más posibilidades de éxito que la fertilización *in vitro*, ya que tiene la ventaja de que la fecundación se realiza de forma natural dentro de las trompas de falopio de la madre fecundada, además de que al estar en su medio natural, se evita la manipulación de embriones.

B).- La transferencia intratubaria de cigotos (ZIFT)

Este procedimiento al igual que el anterior, es conocido por sus siglas en inglés ZIFT (*Zigotos Intra Fallopian Transfer*), y consiste en la fecundación *in vitro* del óvulo y la transferencia del embrión a las trompas de falopio de la mujer, y no al útero.

Esta práctica, es el resultado de combinar el uso de la técnica de fecundación *in vitro* y la transferencia intratubaria de gametos; ya que precisamente se utiliza el mecanismo de esta última, para realizar el traslado del embrión.⁴⁰

Es de resaltar que, al hacerse la transferencia al lugar en donde normalmente ocurre la fecundación, tanto la anidación como el resto de la gestación transcurren de manera natural, lo que maximiza las posibilidades de éxito.

³⁹ Ver. Corral Talciani, Hernán. "Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial". En: *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 19. Número 3. Septiembre-Diciembre. Santiago, Chile. 1992. Pág. 439.

⁴⁰ Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 42.

C).- La congelación de embriones

Esta es una variante de la fecundación artificial, en donde no se tiene como finalidad la concepción del ser humano propiamente; sino la manipulación de los gametos producto de la fecundación *in vitro*, es decir, la suspensión de la segunda etapa de la técnica de fecundación artificial, que es precisamente la transferencia del embrión.

Esta forma de la fecundación artificial “resulta de la no transferencia del embrión en el útero ..., sino su conservación por frío hasta que se estime conveniente o sea, tras la fecundación de los óvulos de la mujer o donante con el espermatozoides del hombre, los embriones resultantes a continuación se congelan hasta que se estime adecuada la transferencia uterina mediante la descongelación.”⁴¹

La crioconservación de embriones, se hace por medio de técnicas de congelación y descongelación, tiene la finalidad de crear una reserva para posteriores transferencias, en caso de que no haya tenido éxito la primera, o para donar los embriones excedentes.

Sin embargo, dado que con esta práctica, se encuentra implícita la posibilidad de modificar la genética de los seres humanos, así como la manipulación, exposición, destrucción e incluso comercio de los embriones congelados, es por lo que debe realizarse bajo un estricto y cauteloso control médico y legal, ya que si bien es cierto, estos embriones pueden ser usados con fines de investigación científica muy válidos, también lo es, que se puede dar origen a prácticas totalmente ominosas e injustificadas que atentan contra la vida y dignidad del ser humano.

D).- La selección de sexo

⁴¹ Martínez Calcerrada, Luis. Ob. Cit. Pág. 478.

Esta técnica se basa en la separación de los espermatozoides (Y-X), para determinar de una manera mecánica o no natural el sexo masculino o femenino del embrión.

Aún cuando el abuso de esta práctica, pueda producir graves desequilibrios poblacionales, la determinación del sexo, se encuentra plenamente justificada cuando se aplique para evitar la transmisión de enfermedades ligadas al sexo, como la hemofilia, que es un padecimiento que afecta a uno de cada 10 000 varones; las mujeres pueden transmitirlo a su descendencia masculina pero rara vez la padecen.

E).- La quimera

A esta práctica también se le conoce con el nombre de fecundación inter especies o fecundación híbrida, en virtud, de que, precisamente consiste en la fecundación de células sexuales de distintas especies.

Estrictamente hablando, en este caso, si estamos en presencia de una verdadera fecundación artificial heteróloga, ya que existe, la conjunción de gametos humanos con otros de distinta especie.

F).- La partenogénesis

Esta investigación científica consiste en "estimular la división espontánea del óvulo, en cuyo caso el embrión así formado sería siempre niña, por que es el espermatozoide el que determina el sexo, siendo el óvulo siempre femenino. La investigación con ratones ha demostrado que los óvulos pueden dividirse sin intervención de esperma al exponerlos al

calor o al alcohol.”⁴² Sin embargo, esto no pasa de ser sólo teoría, ya que hasta la fecha no se ha podido comprobar su aplicación a la especie humana.

G).- La ectogénesis

Consiste en la gestación completa del ser humano fuera del cuerpo de una mujer, en instrumentos de laboratorio. Desde principios de siglo muchos son los científicos que han realizado experimentos ectogénicos, sin embargo, ninguno ha logrado crear un instrumento médico que sea capaz de remplazar las funciones de la placenta, razón por la cual, no se ha realizado en el humano.

Actualmente siguen realizándose este tipo de experimentos, sobre todo en Estados Unidos de Norteamérica, por lo que, posiblemente en breve esta práctica sea una realidad, como lo es ahora la fecundación *in vitro*, que hasta hace relativamente poco tiempo, sólo era ciencia ficción.

Soto Lamadrid, habla de la llamada gestación inter especie, como una prolongación de la ectogénesis. Dicha práctica consiste precisamente en la posibilidad de transferir embriones humanos a úteros de animales, para que en ese sitio tenga lugar la gestación. Esta nueva aberración podría encontrar su justificación, en el absurdo “argumento de liberar a la mujer de la pesada carga de la maternidad, aprovechando íntegramente a otros seres vivos, con aptitud orgánica para subrogarse a esta función.”⁴³

H) La clonación

⁴² Taboada, Leonor. Ob. Cit. Pág. 53.

⁴³ Ob. Cit. Pág. 248.

La clonación es una forma de reproducción asexual, que consiste en retirar el núcleo de un óvulo no fecundado y sustituirlo por el núcleo de una célula asexual de un organismo adulto, masculino o femenino. "Esta célula puede tomarse de la piel o del intestino, y por razones no conocidas todavía, el óvulo con su núcleo trasplantado se desarrolla como si hubiese sido fecundado por un espermatozoide."⁴⁴

Una vez que ha sido clonado el óvulo; el cigoto se transfiere al útero de la hembra que se encargará de la gestación, posteriormente todo el desarrollo embrionario acontece de manera natural.

Por medio de esta técnica, pueden reproducirse seres idénticos a aquéllos que les dieron origen o que aportaron el núcleo de la célula no sexual, sin la necesidad de la unión de dos células sexuales, como normalmente ocurre.

Ya se han realizado experimentos clónicos en especies inferiores, como las ranas, sin embargo, el primero realizado a un mamífero, se dio recientemente, cuando un grupo de científicos escoceses, lograron la clonación de la primera oveja, a la que llamaron Dolly. Sin embargo, al clonar una especie tan cercana al hombre, considero que no existen obstáculos científicos para que se realice en un futuro no muy lejano la clonación de seres humanos, lo cual, debe ser tratado con mucha cautela no solo por los investigadores, sino también por los juristas, ya que se trata de un experimento que podría revertirse contra la humanidad y causar más daño que beneficio.

1.4 La Maternidad Subrogada

La figura de la maternidad subrogada, aparece en la vida del hombre como un remedio a la infertilidad femenina, esto es, surge como la posibilidad de ayudar a una mujer

⁴⁴ Martínez Calcerrada, Luis. Ob. Cit. Pág. 479.

cuyo útero no retiene un embarazo, con el préstamo de otro vientre sano que puede llevar a término la gestación y entregar el producto a la mujer infecunda.

Esta práctica es una aplicación de las técnicas de inseminación artificial o fecundación *in vitro*, que culmina con el nacimiento de un infante con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil.⁴⁵

1. Concepto

Muchas son las denominaciones por las que la doctrina se refiere a esta práctica, dentro de la más importantes se encuentran: Maternidad de sustitución, alquiler de úteros, arrendamiento de úteros, gestación de sustitución, préstamo de vientres, maternidad de alquiler, gestación por cuenta de otro, inseminación con tercera matrimonial o bien maternidad subrogada.

Yolanda Gómez Sánchez, define a la maternidad subrogada como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”⁴⁶

De manera peculiar Martínez Calcerrada, nombra a esta práctica como “inseminación con tercera maternal”, y en ella engloba todas la técnicas en donde haya concepción artificial con semen del esposo e intervenga, al principio, durante o al final de la gestación y/o alumbramiento una mujer distinta a la cónyuge.⁴⁷

⁴⁵ Ver. Silva Ruiz, Pedro F. “El Contrato de Maternidad Sustituta o Suplente o Subrogada, la Maternidad de Alquiler”. En: *Revista Judicial*. Año XII. Número 42. Marzo. 1988. San José, Costa Rica. Pág. 140

⁴⁶ “*El Derecho a la Reproducción Humana*”. Universidad Complutense de Madrid. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas S.A., Madrid 1994. Pág. 136.

⁴⁷ Ob. Cit. Pág. 513.

Como puede desprenderse de las anteriores concepciones, la madre sustituta es una mujer fértil que presta a título gratuito u oneroso su vientre, para llevar la gestación de un menor que se ha generado con células sexuales de otras personas, quienes asumirán la paternidad en cuanto ocurra el alumbramiento.

Dada la complejidad de esta práctica, y toda vez que es factible su aplicación tanto en la inseminación artificial como en la fecundación *in vitro*, pueden presentarse diversas hipótesis, siendo los más comunes las siguientes:

1.- En caso de que la mujer únicamente preste de manera gratuita su vientre para llevar la gestación de un embrión que le ha sido trasplantado, y cuyo material genético proviene de la pareja solicitante.

Soto Lamadrid, opina que este supuesto es el único en donde se puede hablar de una verdadera subrogación materna, en virtud de que, la madre sustituta no aporta óvulos para la procreación, sino que el aporte genético del embrión lo hacen personas ajenas.⁴⁸

2.- Cuando la mujer además de prestar su vientre para llevar a cabo la gestación, dona uno de sus óvulos para la formación del embrión. En este caso se hace uso de la técnica de inseminación artificial.

En este caso la madre sustituta es además la madre biológica, ya que aporta uno de sus óvulos para que la fecundación se realice con el espermatozoides del varón que aparecerá como padre del menor.

⁴⁸ Ob. Cit. Pág. 318.

3.- Cuando la gestación por sustitución sea solicitada por un hombre o mujer solteros, que aporten sus respectivos gametos para la fecundación. En este supuesto los solicitantes son los únicos que asumirán la paternidad del menor que nazca.

Vidal Martínez, distingue además a la madre portadora o subrogada de la madre de alquiler, afirmando que la primera es aquélla que presta su útero de manera gratuita, mientras que la segunda lo hace a cambio de una contraprestación económica.⁴⁹

2. Modalidades de la Maternidad Subrogada

Las maternidad subrogada o por sustitución puede adoptar diversas modalidades, de acuerdo al estado civil de las personas que intervengan, y también dependiendo la técnica de concepción artificial utilizada. Las más usuales son:

I.- *Dentro del matrimonio o concubinato.*- En caso de que la sustitución materna sea solicitada por una pareja unida en matrimonio o que sostenga una relación de concubinato.

a).- Cuando la fecundación se realice por medio de inseminación artificial, y la mujer inseminada no sólo sea la madre subrogada sino la madre genética, al aportar uno de sus óvulos. En este caso únicamente el varón integrante de la pareja sería genéticamente padre del hijo, mientras que su mujer no guardaría ninguna relación biológica con el menor.

b).- Cuando la madre subrogada sea también genética y la inseminación se realice con semen de un donante. En este supuesto la pareja solicitante no tendría ningún lazo biológico con el neonato.

c).- Cuando se haga uso de la fecundación *in vitro* y la madre sustituta, únicamente preste su vientre para llevar a término el embarazo, es decir, se le implante un embrión,

⁴⁹ Ob. Cit. Pág. 472.

formado con los gametos provenientes de los miembros de la pareja solicitante. En este caso los integrantes del matrimonio serían genéticamente los progenitores del menor que nazca.

d).- Cuando se haga uso de la fecundación *in vitro*, y se implante a la madre sustituta un embrión proveniente de células sexuales donadas. En este supuesto ni la pareja solicitante ni la madre sustituta tendrían ninguna relación biológica con el niño que nazca.

II.- *En Hombre o mujeres solteros.*- En caso de que la subrogación materna sea solicitada por un hombre o una mujer que no tengan ninguna relación con otra persona, es decir, puede ser que nunca se hayan casado, que sean divorciados o viudos.

a).- Cuando el hombre solicitante aporte sus gametos para que sea fecundada, ya sea por inseminación artificial o fecundación *in vitro* una madre sustituta. En este supuesto el solicitante sería el padre biológico del menor.

b).- Cuando la mujer solicitante aporte sus gametos para que con ayuda de un donante se produzca la fecundación *in vitro*, y el embrión sea transferido a la madre sustituta, quién sólo prestará su útero para llevar a cabo la gestación. En este caso la mujer solicitante sería la madre biológica del menor.

En general, esta práctica se encuentra clínicamente indicada, cuando la mujer sea infecunda, es decir, cuando no sea capaz de la viabilidad fetal, en cuyo caso únicamente se requerirá del préstamo de vientre.

Igualmente se sugiere en los casos en que además de infertilidad, la mujer padezca esterilidad, es decir, que tanto su capacidad para gestar como para producir sus gametos se encuentren comprometidos. En este caso será necesario recurrir además del préstamo de vientre a la donación de óvulos.

Finalmente cabe destacarse que es importante delimitar el uso de esta práctica, para evitar llegar al extremo de recurrir a la sustitución materna, por evitar los riesgos o molestias que conlleva un embarazo; lo que desde luego, no es una razón justificada, en virtud de que tanto esta práctica como el resto de las técnicas de reproducción artificial humana, son aceptables como terapia a la infertilidad y/o esterilidad, pero nunca como formas alternativas de reproducción.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ARTIFICIAL HUMANA

2.1 Evolución Científica

Las técnicas de concepción artificial humana, en los últimos años han perfeccionado sus procedimientos, sin embargo, sus orígenes se remontan a la antigüedad, donde siempre ha existido la preocupación de remediar la esterilidad o infertilidad de las personas que pese a sus deseos son incapaces de concebir.

Ahora bien, esta evolución científica, ha tenido sus inconvenientes, ya que, como acertadamente lo expresa Martínez Calcerrada, "dado el vertiginoso proceso de perfeccionamiento de sus técnicas científicas, ya se asiste a riesgos eventuales de que no siempre se ajuste el invento a esa, sin duda, noble finalidad de procreación correctora de las leyes impeditivas de la naturaleza; manipulaciones o intentos genéticos de corte racista o de alumbramiento de realidades contra natura o de híbridos irracionales, son el contrapunto de un futuro aterrador."⁵⁰

Dentro de la gama que hoy en día nos ofrece la procreación artificial humana, la inseminación artificial es la práctica mas antigua; y naturalmente, como ocurre en casi todos los experimentos científicos, antes de su aplicación en humanos fue usada en plantas y animales.

⁵⁰ Ob. Cit. Pág. 482

Se tienen referencias de que en la antigüedad los pueblos babilonios y arábigos, comenzaron a reproducir artificialmente algunas plantas como los dátiles, toda vez que por medio de polinización artificial lograban una mayor producción de frutos.

Posteriormente alrededor del siglo XIV se comenzó con la inseminación artificial de peces, "con Don Pinchón; prácticas que prosiguieron el anatómico holandés Juan Van Swammerdam, el fisiólogo Roesel, L. Jacobi y Weltheim. No obstante el deseo más perseguido de siempre fue el de utilizar ese procedimiento en mamíferos, por su mayor conexidad con el especie humana."⁵¹

Pero no fue sino hasta el año de 1322, en que se hace referencia a la primer inseminación artificial en mamíferos; se dice que fue un Jeque árabe el que obtuvo semen de un caballo semental, perteneciente a una tribu enemiga, y logro fecundar a algunas de sus yeguas.

Por su parte Leal Dávila, sostiene que efectivamente los árabes fueron los primeros en practicar la inseminación artificial en mamíferos; pero la utilizaron como una arma de guerra, ya que inseminaban yeguas de las tribus enemigas con semen de caballos enfermos o de calidad inferior.⁵²

Sin embargo, la doctrina cuestiona la verosimilitud de ambas versiones, en virtud de que no existen constancias científicas que expliquen la manera en que los árabes realizaban estas inseminaciones artificiales, ni de que los resultados obtenidos hayan sido exitosos.

Pasando por alto, detalles de los estudios de Malpighi y Biffiegna (1628-64), sobre la fecundación artificial en gusanos de seda; el descubrimiento del folículo ovárico y del cuerpo luteo de la mujer, realizados en 1670 por Reihnier de Graaf; el descubrimiento del

⁵¹ Loc. Cit.

⁵² Ob. Cit. Pág. 67.

espermatozoide por J. Ham en 1677, y su confirmación por Anyony van Leuwenhoek, se llega a la fecha clave para la reproducción artificial en mamíferos. 1779.⁵³

En efecto, Quinteros Monasterios nos relata que en el año de 1779 el abate italiano Lázaro Spallanzani, autor de la primera experiencia científica de reproducción artificial en mamíferos, habiendo demostrado previamente que la generación espontánea no existe; y que era necesario la presencia de las células sexuales masculinas y femeninas para lograr la fecundación, logra con éxito inseminar artificialmente primero a una rana y después a una perra. Esta experiencia fue repetida con los mismos resultados por el italiano J. Rossi y Rusconi.⁵⁴

Este suceso fue difundido en toda Asia y Europa y a partir del año de 1932, el científico ruso Iwanoff, comenzó en su país, la inseminación artificial en mamíferos, aplicando la técnica no sólo a perras, sino a yeguas, vacas, puercas y ovejas, siendo pionero de la aplicación industrial de esta técnica en el campo de la veterinaria.

Riverend y Brusone refieren como antecedentes de las técnicas de reproducción artificial humana, experiencias en pueblos antiguos, en donde se admitía la colaboración de un tercero para la procreación, y así existieron figuras como el levirato, el nigoyal, la ley de los sasánidas y entre los Judíos el Talmud⁵⁵. Sin embargo en estos casos siempre hubo ayuntamiento carnal y no propiamente reproducción artificial.

Algunos historiadores, sostienen que fue alrededor del siglo XV en España en donde se practicó -sin éxito- por primera vez la inseminación artificial en humanos. El experimento se realizó a Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV, quien resultó estéril.⁵⁶ No obstante, Santiago Navarro por su parte sostiene que efectivamente la Reina

⁵³ Merchante, Fermín Raúl. "La Adopción". Edit. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1987. Pág. 143.

⁵⁴ Para una descripción detallada de la técnica utilizada por Spallanzani. Ver. Quinteros Monasterios, Ruben. "La Inseminación Artificial Humana, su Valor en el Tratamiento de la Infertilidad". Edit. Universidad Central de Venezuela. Organización de Bienestar Estudiantil. Caracas. 1974. Pág. 25 - 26.

⁵⁵ Eduardo Riverend y Brusone. Cit. Por Chávez Asencio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 35.

⁵⁶ Martínez Calcerrada, Luis. Ob. Cit. Pág. 482.

dio a luz una niña producto de la inseminación artificial que se le practicó, cuyo nombre fue Juana de Beltraneja.⁵⁷ Lo cierto es que no hay pruebas al respecto.

Pero el gran salto de la especie animal a los seres humanos se dio hasta el año de 1791, en que el científico inglés John Hunter realizó con éxito la primera inseminación artificial humana de que tiene registro la ciencia médica. El hallazgo tuvo lugar, cuando aplicó el novel invento a la esposa de uno de sus pacientes; se trataba de un Lord que aún cuando padecía hipospadias, quería perpetuar su apellido, por lo que "previo consentimiento de su esposa le inyectó a ésta con una jeringa adecuada el semen de su esposo a temperatura adecuada produciéndose su embarazo y naciendo el deseado heredero."⁵⁸

Una vez que se divulgó este acontecimiento, los científicos comenzaron a perfeccionar la técnica, y en 1838 el médico francés Girault, logró mejores resultados inyectando el semen en el cuello uterino.

En 1866 el científico estadounidense Mario Sims, ideó la inyección del semen directamente en el canal cervical de la mujer inseminada, y de esta manera obtuvo mejores resultados.

Para el año de 1872 Rouband en París y Sancho Martín en España, presentan públicamente instrumentos científicos de su invención, para la práctica de la inseminación artificial, los cuales no son recibidos con beneplácito por la comunidad científica de aquella época, no obstante la utilidad práctica de los mismos.

Es importante hacer notar que hasta finales del año de 1883 las referencias científicas, no hablan de que se hayan practicado inseminaciones artificiales con el auxilio

⁵⁷ Cit. Por Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 698.

⁵⁸ Mata. Cit. Por. Martínez Calcerrada, Luis. Ob. Cit. Pág. 483.

de donadores, lo que hace concluir que a hasta esa época sólo era conocida y practicada la inseminación artificial homóloga.

Quinteros Monasterios puntualiza que en el año de 1884, el profesor Pancoast de Filadelfia, practicó la primera inseminación artificial heteróloga a una mujer casada, con buenos resultados.⁵⁹

Transcurre un intervalo de casi veinte años, en que la inseminación artificial, quedó en el absoluto olvido a consecuencia del escaso éxito obtenido y rechazo absoluto de la Iglesia Católica.

No obstante, según encuestas publicadas por Roelheder en 1911 y Saimour y Kemer en 1941⁶⁰, a principios del siglo XX en países como Estados Unidos de América, Alemania, Italia y Francia principalmente se propaga el uso de esta técnica, siendo cada vez más los matrimonios estériles que recurren a ella.

Entre 1940 y 1945 se establecen en los Estados Unidos de América, los primeros Bancos de Semen, cuya operación era similar a los de sangre, y en donde se recolectaba y congelaba el semen para su conservación, dando origen oficialmente a la inseminación artificial heteróloga.

Durante la segunda guerra mundial y la de Corea, comenzó en forma masiva el uso de la teleinseminación, ya que los soldados de los campos de batalla, enviaban su semen congelado para que fuesen inseminadas sus esposas.

Para esta época la inseminación artificial tanto homóloga como heteróloga era un práctica bastante difundida, en virtud de que había dado origen a miles de nacimientos, sin

⁵⁹ Quinteros Monasterios, Ruben. Ob. Cit. Pág. 29.

⁶⁰ León Feit, Pedro. Cit por Chávez Asencio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 35.

embargo, las investigaciones científicas continuaban y así en el año de 1960 se logra la primera fecundación artificial extracorpórea.

Fue entre los años 1960 y 1961 cuando el biólogo italiano Daniel Petrucci, logra la primer fecundación *in vitro* de un óvulo humano; manteniendo vivo a un embrión extracorpóreamente durante casi sesenta días. Sin embargo, toda vez que la Iglesia Católica condenó severamente tan irreverente experimento, el científico interrumpió su investigación y destruyó los embriones.⁶¹

Posterior a este primer intento, en el año de 1974 el médico británico Douglas Bevis dio a conocer los resultados de sus experimentos, en donde, sostiene haber logrado la implantación de tres embriones que culminaron en embarazos normales; sin embargo este hecho no se encuentra avalado por los centros de investigación científica.⁶²

Fue necesario esperar hasta el 25 de julio de 1978, para que los principales diarios ingleses divulgaran la noticia del nacimiento de Louise Brown, la primer niña concebida por medio de fecundación *in vitro*, a la que incluso llamaron sarcásticamente "la bebe probeta". Este hallazgo científico fue realizado por los doctores ingleses Patrick C. Steptoe y Robert G. Edwards.

Este acontecimiento da comienzo a una nueva era en materia de reproducción artificial humana, ya que, los nacimientos han venido sucediendo alrededor de todo el mundo, y algunos de los niños que figuran como pioneros de esta práctica son: En Escocia, Elaister Montgomery en 1979; en Francia Amadinee en 1982; en Inglaterra Clare Fareswaw en 1983; en el año de 1984 en España Victoria Ana, en California Doron Blake, en Venezuela Carolina Herrera y en Argentina Dolores Aceto; en Colombia Diana Carolina en 1985 y en Argentina nacen Pablo y Eliana primeros mellizos en 1986.⁶³

⁶¹ Zannoni, Eduardo A. Ob. Cit. Pág. 464 - 465.

⁶² Zannoni, Eduardo A. "*Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas*". Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1978. Pág. 21.

⁶³ Cfr. Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 35.

Por otro lado, la maternidad subrogada, aparece en el año de 1975, cuando en un diario de Estados Unidos de América, se publicó un anuncio por medio del cual se solicitaba a una mujer para ser inseminada artificialmente y mediante remuneración, en favor de una pareja estéril.⁶⁴

Oficialmente fue en el año de 1980 en que tuvo lugar el primer caso de maternidad sustituta en la persona de Elizabeth Kane, en el estado de Illinois, Estados Unidos de América.

En este mismo año el norteamericano Richard Levin, crea la Asociación de Maternidad por Sustitución, y organiza los primeros contratos de maternidad subrogada.⁶⁵

En el año de 1983, en Francia, el Tribunal de Créteil, autorizó la inseminación de Corine Parpalaix con el semen congelado de su marido fallecido, y el cual se encontraba depositado en un banco de semen, siendo éste el primer caso de inseminación artificial *post mortem*.⁶⁶

Es importante destacar que en el año de 1979, nace en Calcuta, India, proveniente de un óvulo congelado, Durga Arawal;⁶⁷ en 1984 nace en Australia el primer niño procedente de un embrión precongelado; y en 1986 en Nueva Orleans, nace la primera niña con sexo predeterminado cuyo nombre es Justine.⁶⁸

Por lo que hace a nuestro país, no se lleva un registro oficial del número de nacimientos por medio de alguna técnica de reproducción artificial, sin embargo, en el año de 1958 el Licenciado Julio Cesar Vera Hernández sostiene que en el Distrito Federal 21 de cada 150 médicos practican la inseminación artificial, por lo tanto es un hecho, que en

⁶⁴ *Ibidem*. Pág. 317.

⁶⁵ Leal Dávila, Luis Orlando. Ob. Cit. Pág. 77.

⁶⁶ Ver. Moreno Botella, Gloria. "Algunos Aspectos en torno a las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida". En: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. Vol. VII. 1991. Madrid, España. Pág. 87.

⁶⁷ Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Pág. 35.

⁶⁸ Moreno Botella, Gloria. Ob. Cit. Pág. 87.

México se recurre al uso de estas técnicas para lograr la procreación, desde hace ya algunos años.⁶⁹

2.2 Reseña Histórico Legislativa

El tema de la concepción artificial humana, ha tomando importancia en los últimos años, en razón del uso cada vez mas frecuente de sus técnicas y de los avances científicos que en la materia se siguen dando.

Consecuentemente los conflictos que estos acontecimientos producen exigen la existencia de una regulación adecuada que pueda armonizar los intereses científicos con los derechos naturales del hombre.

Es por ello que algunos países han optado por regular el uso de estas prácticas, elaborando leyes que determinan sus límites y consecuencias jurídicas, sin embargo, algunos otros, sólo se han limitado a designar comisiones de destacados doctrinarios, para que se encarguen de sentar los criterios para una futura legislación.

La reglamentación en materia de concepción artificial ha evolucionado paulatinamente, por lo que resulta conveniente esbozar en líneas generales, cual ha sido su desarrollo en materia legislativa. Así mismo el estudio de algunas legislaciones extranjeras, servirá como indicador de la forma de regulación actual de los métodos de concepción asistida, además de que nos proporcionará elementos útiles para el análisis de una posible regulación en México.

Antes de iniciar el análisis de las legislaciones extranjeras, cabe puntualizar que la Iglesia Católica se ha pronunciado en contra de estas prácticas en innumerables encíclicas

⁶⁹ "Inseminación Artificial en Seres Humanos, Incidencias Jurídicas". Tesis de Licenciatura. UNAM. México. 1958. Pág. 52.

y discursos, por considerar que atentan contra la dignidad humana y Dios mismo, al intentar suplirlo en su papel reproductor, además de que critican los riesgos que provoca toda manipulación genética, para la salud física y mental del futuro hijo.

En primer término, por lo que hace a los informes, comisiones y proyectos legislativos, cronológicamente son de destacarse los siguientes:

1.- Proyecto Normativo del Consejo de Europa.- Este instrumento fue elaborado por la Comunidad Europea en la Ciudad de Estrasburgo, Francia el 5 de marzo de 1979⁷⁰. En el mismo, se recomienda el uso terapéutico de la inseminación artificial, como remedio a la esterilidad o fertilidad humana y no como una forma alternativa de reproducción.

Se admite la práctica de la inseminación homóloga y heteróloga, en cuyo caso, es necesario el consentimiento de las partes involucradas. El uso de estas técnicas será gratuito y los médicos encargados de la práctica de estos mecanismos tendrán la obligación de guardar el secreto profesional, y los donantes deberán ser anónimos.

Establece que en los dos tipos de inseminación, la filiación del menor nacido será atribuida siempre a la pareja solicitante; si éstos prestaron su consentimiento, sin que el neonato tenga relación de parentesco con el donante.

2.- La Recomendación 934.- Este instrumento fue elaborado por el Consejo de Europa en el año de 1982, y contiene sugerencias relativas a la ingeniería genética y el respeto al material genético humano como parte de su patrimonio. Así mismo se establecen los casos en que es admisible la terapia genética.⁷¹

⁷⁰ Cfr. *Ibidem* Pág. 88.

⁷¹ Cfr. *Ibidem*, Pág. 89.

FALTA PAGINA

No. 47

finalidad de obtener criterios generales, que concluyeran en proyectos de ley que se encargaran de la regulación de las técnicas de concepción artificial.

En los informes de dichas comisiones se aceptó el uso de las técnicas de reproducción asistida, tanto homóloga como heteróloga, así mismo se pugnó por una protección jurídica de los embriones. Sin embargo, y aún cuando estos criterios cristalizaron en proyectos legislativos, no prosperaron y quedaron en simples iniciativas.

5.- Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

1.046.- Este instrumento, relativo a la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, fue aprobado por el parlamento europeo el 24 de septiembre de 1986⁷⁴, y dentro de las encomiendas que realiza, destacan las siguientes:

Limita la experimentación con embriones y fetos humanos, a fines exclusivamente terapéuticos, prohibiendo desde luego, la clonación, la ectogénesis, la selección de sexos, las quimeras, la crioconservación, y cualquier otra práctica que atente contra la dignidad del hombre alterando su genética.

Prohíbe la experimentación con embriones y fetos humanos vivos o no y su crioconservación por más de 14 días después de producida la fecundación. Por último establece la necesidad de que existan sanciones que aseguren la exacta aplicación de estas recomendaciones.

Estos son los informes y proyectos que han marcado las directrices para algunas de las legislaciones que sobre la materia han surgido, sin embargo, es importante hacer hincapié, en que, en las anteriores recomendaciones, la protección se centra principalmente en la dignidad del ser humano, subordinando a éste el uso de las técnicas.

⁷⁴ Moreno Botella, Gloria. Ob. Cit. Pág. 89.

En segundo lugar, por lo que se refiere a las legislaciones más importantes que sobre este tema se han dado en diversos países del mundo, y las cuales, constituyen un importante antecedente para la próxima reglamentación que pudiera darse en nuestro país, cronológicamente, se distinguen las siguientes:

1.- SUECIA.- Es el primer país en establecer una legislación en materia de inseminación artificial en el año de 1953⁷⁵; actualmente estas normas han sido superadas por la ley número 1140 del 20 de diciembre de 1984 que entró en vigor en el año de 1985.⁷⁶

Por medio de esta ley, se permite la inseminación artificial homóloga y heteróloga en parejas heterosexuales, casadas o unidas en concubinato, siempre y cuando el interés del niño se encuentre protegido. En caso de concepción artificial heteróloga, el menor tendrá derecho a conocer la identidad de su padre biológico.

Este ordenamiento tiene la peculiar característica de tomar como punto principal la protección de los niños nacidos de las técnicas de procreación artificial, con la finalidad de proteger la figura jurídica de la familia y procurar que el vínculo biológico y el legal de paternidad y maternidad, coincidan en la mayor medida posible, ya que su disociación se considera nociva para la salud del niño.

Por su parte, la ley N° 711, promulgada el 14 de junio de 1988⁷⁷, se encarga de regular la fecundación *in vitro*, y admite esta práctica únicamente en su modalidad de homóloga; así mismo fija límites a las manipulaciones genéticas, específicamente en lo relativo a la combinación de gametos en la fecundación artificial.

⁷⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Pág. 699.

⁷⁶ Ver. Adorno, Roberto. "El Derecho Europeo ante las nuevas técnicas de procreación humana: ¿Primacía de la técnica o primacía de la persona?". En: *Persona y Derecho*. Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos. Núm. 3. 1993. Pamplona, España. Pág. 37.

⁷⁷ *Ibidem* Pág. 38.

2.- NORUEGA.- Este país el 12 de junio de 1987 promulga la Ley número 68. Esta ley, al igual que la sueca, admite el uso de la inseminación artificial en sentido amplio en parejas unidas en matrimonio o concubinato. Mientras que prohíbe la fecundación *in vitro* heteróloga y la donación de óvulos.⁷⁸

3.- PORTUGAL.- No existe ley especial que regule esta materia, por lo que acuden a su Código Civil para admitir o denegar por analogía con su ordenamiento el uso de las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que su Código después de la Reforma de 1977, hace algunas referencias, aunque escasas, a este tipo de técnicas. Así el art. 1839 N° 3, con referencia a los actos de fecundación artificial heteróloga realizados en parejas casadas dispone: No está permitida la impugnación de la paternidad con fundamento en la inseminación artificial a los cónyuges que lo han consentido.⁷⁹

De más reciente aparición se encuentra el "Decreto/Ley 319/1986, de 25 de septiembre, que regula la autorización de organismos públicos y privados para la práctica de la procreación artificial humana."⁸⁰

4.- ESPAÑA.- Es uno de los países que más ha avanzado en cuanto a la legislación de estas prácticas. El 22 de noviembre de 1988 promulgó la ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida⁸¹, la cual se encarga de regular de manera específica esta materia.

Sin embargo, en la opinión de Hernández Ibañez, esta ley, aún cuando es pionera, es cuestionable, ya que no ha resuelto todos los problemas planteados con el uso de estas prácticas, a pesar de que ha regulado casi todos los supuestos de reproducción asistida,

⁷⁸ Loc. Cit.

⁷⁹ Ver. Hernández Ibañez, Carmen. "Los Aspectos Jurídicos de las Técnicas de Reproducción Asistida: Ley Española y Marco Europeo". En: *Revista de Derecho*. Año LXI. Número 193. Enero - Junio 1993. Santiago de Chile. Pág. 65.

⁸⁰ Moreno Botella, Gloria. Ob. Cit. Pág. 91.

⁸¹ El texto íntegro de esta Ley puede ser consultado en Pujol Algans, Carmen. "Código de la Mujer". Edit. Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, España. 1992. Págs. 977- 987.

existen lagunas legales. No obstante es importante destacar que las deficiencias se han resuelto con fuentes supletorias, así como con las enmiendas y mejoras que ha tenido la propia ley a lo largo de su vida legal.⁸²

En este cuerpo legal, se otorga una importancia mayúscula a la técnicas de reproducción artificial humana, en virtud de que se acepta el uso de casi todas sus especies y modalidades, así mismo se otorga un amplio margen para la manipulación y la investigación científica con embriones y preembriones.

Dentro de las cuestiones más importantes que regula esta ley destacan: La aprobación del uso de la concepción artificial homóloga y heteróloga, así como la transferencia intratubárica de gametos, siempre y cuando tengan como finalidad remediar la esterilidad o infertilidad de los solicitantes o bien prevenir enfermedades genéticas o hereditarias.

Se autoriza la aplicación de estas técnicas a todas la mujeres que lo soliciten, que tengan más de dieciocho años de edad y que gocen de buena salud física y mental, independientemente de su estado civil; sin embargo, tratándose de mujeres casadas deberán contar con el consentimiento del cónyuge. La realización de estas prácticas se hará en Centros Especializados y con personal capacitado.

Es importante destacar que prohíbe la maternidad subrogada, sancionando con nulidad el contrato, y estableciendo la filiación del hijo nacido por este medio, a través del parto.

Aprueba la creación de bancos de gametos tanto femeninos como masculinos, así como de preembriones, los cuales podrán ser donados, previo contrato celebrado entre los

⁸² Ob. Cit. Pág. 42.

donantes y el centro autorizado. El contrato deberá ser gratuito, formal y secreto. Así mismo contempla la creación de un registro nacional de donantes.

Autoriza la concepción artificial *post mortem*, siempre y cuando el cónyuge fallecido haya dado su consentimiento por medio de testamento o escritura pública.

Permite la investigación con gametos y preembriones (denomina así a los embriones con menos de catorce días, después de producida la fecundación) con fines de diagnóstico, terapéutico o preventivo, autorizando la crioconservación de los mismos, por un lapso máximo de cinco años.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos por medio de estos procedimientos, la ley, la establece en favor de sus padres biológicos, en el caso de las técnicas homólogas y en caso de las heterólogas se establece en favor de la pareja solicitante.

Consecuentemente, los donantes no guardan ninguna relación de parentesco con los menores nacidos de uno de sus gametos, por tanto, no es posible el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad o de la maternidad por parte del padre o la madre solicitantes que haya prestado su consentimiento para realizar la reproducción artificial, ya que se les atribuye el carácter de padres; sin embargo, los menores conservarán el derecho a obtener información general de los donantes, pero nunca conocerán su identidad.

5.- GRAN BRETAÑA.- En este país ya se tenía como antecedente muy importante el Informe Warnock dado a conocer en el año de 1982, cuyos criterios rigieron en este campo, hasta el mes de noviembre de 1990, cuando se publica el acta denominada "*Human Fertilization and Embriology*"⁸³ (Fertilización Humana y Embriología), en donde se plasma una reglamentación muy similar a la española.

⁸³ Andomo, Roberto. Ob. Cit. Pág. 34.

Entre los puntos mas importantes que se regulan en esta acta destacan: La ausencia de requisitos para la práctica de la reproducción artificial homóloga y heteróloga. Establece la donación de gametos anónima, pero el menor goza del derecho de conocer las características genéticas de sus progenitores biológicos, más no su identidad. Por último se admite la investigación, crioconservación y donación de embriones y gametos.

6.- ALEMANIA.- En este caso se contaba con un informe presentado por la Comisión Benda, en el año de 1985; en donde se establecían ciertas reglas de carácter deontológico, que normaban el uso de la técnicas de procreación artificial.

Sin embargo fue hasta el 13 de diciembre de 1990 en que se promulgó la ley número 745/90 relativa a la protección del embrión; y en la cual se reglamenta de manera parcial el uso de las técnicas de reproducción artificial, debido a la naturaleza penal del ordenamiento jurídico.²⁴

En dicho cuerpo legal, se reserva el uso de la inseminación y la fecundación artificial a parejas unidas en matrimonio; por lo que las parejas que sostengan una relación de concubinato necesitarán de una autorización específica.

Se prohíbe la concepción artificial *post mortem*, así como la maternidad subrogada, sancionando de manera explícita la donación o transferencia de óvulos, mientras que la donación de espermia se encuentra permitida, siempre que se cuente con una autorización especial.

“La ley tiende a proteger al embrión humano desde el momento mismo de su concepción. En ese sentido, no se admite la constitución de ‘bancos de embriones’, siendo

²⁴ Ibidem. Págs. 36 - 37.

obligatoria la transferencia al útero materno -de la madre biológica- de todos los embriones obtenidos por fecundación '*in vitro*', que en ningún caso pueden ser más de tres (art. 1.1.3.).⁸⁵

7.- SUIZA.- Legisló sobre la materia con una reforma de tipo Constitucional. En efecto el 17 de mayo de 1992 se introdujo en la Constitución Federal un nuevo artículo que de manera general regula el uso de estas técnicas, el que tuvo como finalidad la protección del hombre y su medio ambiente, de las manipulaciones genéticas y de los abusos cometidos con la concepción artificial humana.

Este artículo prohíbe la intervención en el código genético de los gametos y embriones humanos, así como toda forma de maternidad por sustitución y la donación de embriones. En consecuencia, únicamente faculta que sean fertilizados *in vitro*, el número de óvulos que vayan a ser inmediatamente implantados al vientre de la mujer.

Admite la práctica de las técnicas de reproducción asistida homólogas y heterólogas, garantizando el derecho del menor a conocer los datos relativos a su ascendencia.⁸⁶

8.- AUSTRIA.- La ley sobre técnicas de reproducción artificial humana, que entro en vigencia el 1° de julio de 1992,⁸⁷ admite la técnicas homólogas y reserva las heterólogas sólo para casos excepcionales, bajo una serie de requisitos, dentro de los que destacan: Únicamente una clínica recibirá las donaciones de semen y se encargará de la conservación del mismo por un tiempo máximo de un año, además, sólo podrá entregarlo a un máximo de tres parejas. Los donantes de semen podrán en cualquier momento revocar su consentimiento y recoger sus gametos. Así mismo el cónyuge o concubino de la mujer que solicite una técnica heteróloga deberán otorgar previamente su consentimiento ante notario público o tribunal.

⁸⁵ Loc. Cit.

⁸⁶ Ibidem. Pág. 38 - 39

⁸⁷ Ibidem. Pág. 37.

Se reconoce el derecho del menor nacido de una concepción artificial heteróloga a conocer la identidad de su padre biológico a partir de los catorce años de edad. También se prohíbe la donación de óvulos y la experimentación con embriones, por lo que, se permite fecundar *in vitro*, máximo cuatro óvulos, mismos que deberán ser transferidos de forma inmediata al útero materno.

9.- FRANCIA.- En esta nación, si bien, "no existe aún una legislación específica, la Asamblea Nacional aprobó el 25 de noviembre de 1992, dos proyectos de ley"⁸⁸ relativos a la concepción artificial humana.

Entre los criterios adoptados por estos proyectos de ley, destacan los siguientes: Se admite la práctica de las técnicas en sentido amplio, sin reconocer el derecho del menor a conocer la identidad de sus progenitores.

Reserva el uso de estos métodos a parejas unidas en matrimonio o concubinato, prohibiendo desde luego, la concepción artificial *post mortem*. Así mismo, admite la donación de gametos y embriones, así como su crioconservación con fines terapéuticos y de investigación.

10.- AUSTRALIA.- Cabe destacar que esta es una de las naciones que va a la vanguardia en las investigaciones sobre técnicas de reproducción artificial, ya que cuenta con los centros de investigación pioneros y más sofisticados del mundo.

Por lo que hace al plano legislativo, también ostenta una avanzada normatividad, acorde con los adelantos y usos de las nuevas técnicas de concepción asistida. Ejemplo de ello es la Ley de Concepción Artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, en donde, se admite el uso de las técnicas homólogas y heterólogas, negando cualquier vínculo filial entre los donantes y los menores producto de la reproducción artificial, en tal caso

⁸⁸ Ibidem. Pág. 35.

atribuye la paternidad del menor, al marido de la mujer inseminada, si prestó su consentimiento para la inseminación.

También existe la Ley de Esterilidad del Estado de Victoria, la que se refiere además de la inseminación y fecundación artificial, a la maternidad subrogada, atribuyendo siempre la maternidad del hijo a aquélla que lo alumbró, es decir, la filiación en caso de maternidad subrogada es determinada por el parto, sin embargo, en el caso de donación de óvulos, la donadora, no conserva ningún nexo filial con el menor que nazca.⁸⁹

11.- MÉXICO.- En nuestro país, el tema de la reproducción artificial humana, ha sido abordado someramente por los legisladores en la Ley General de Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1987.

En dicho reglamento se autoriza el uso de la inseminación y la fecundación artificial en sentido amplio; pero exige para su práctica, contar con una carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubino. Así mismo, se autoriza el uso e investigación de la reproducción asistida, siempre que tenga como finalidad remediar la esterilidad.

“Adicionalmente en el Diario Oficial del lunes 14 de noviembre de 1988, se publicó la norma técnica N° 326, para la disposición de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos por la Secretaría de Salud, que trata de donación de órganos y tejidos de seres humanos con fines terapéuticos que serán siempre a título gratuito. También se trata de órganos y tejidos de embriones con fines terapéuticos (Art. 18).”⁹⁰

A pesar de esta raquítica regulación, en el campo doctrinal desde hace algún tiempo

⁸⁹ Martínez Calcerrada, Luis. Ob. Cit. Págs. 578 - 579.

⁹⁰ Chávez Ascencio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 40.

ha existido una gran preocupación por la investigación y análisis de este tema. En ese sentido y siguiendo la reseña que expresa Gutiérrez y González, los antecedentes legislativos más trascendentes que se han dado en México son los siguientes:

En el año de 1958 el Presidente de la República, envió al Congreso de la Unión una iniciativa de ley denominada "Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos"; en donde se proponía una deficiente reglamentación sobre reproducción asistida; sin embargo este proyecto no prosperó.

Posteriormente en el año de 1969 se designó una comisión para que se encargara de la elaboración de un proyecto de ley que reglamentara los trasplantes en general. Tampoco tuvo éxito este intento.

En 1991 se dio a conocer el anteproyecto de Código Civil para el Estado de Nuevo León⁹¹, elaborado por Gutiérrez y González. En dicho anteproyecto se reglamenta el uso de la inseminación y fecundación artificial, la maternidad subrogada e incluso la clonación. Sin embargo, este trabajo, únicamente paso a formar parte de la lista de proyectos.

Es importante aclarar que se reserva para los capítulos subsecuentes, el exhaustivo análisis de la actual reglamentación de esta materia en nuestro derecho, así como su posible adecuación al Código Civil del Distrito Federal.

⁹¹ El texto íntegro del anteproyecto, puede ser consultado en Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. Cit. Págs. 720 -735.

CAPITULO TERCERO

EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

3.1 El Parentesco

1. Concepto

El parentesco (del latín *parens - entis* que significa familiar o pariente) es el "nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre el cónyuge y los parientes de otro cónyuge o entre el adoptante y el adoptado."⁹²

La doctrina define al parentesco dos sentidos; por un lado como el vínculo que se deriva del hecho biológico de la procreación, al respecto Planiol y Ripert afirman que "el parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una desciende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos"⁹³, es decir, en este caso la unión se establece a través de los lazos de sangre; es un parentesco real.

Por otro lado, el parentesco es también la relación que se deriva de la ley, es decir, por medio de una ficción legal se establecen lazos jurídicos equiparables a los consanguíneos.

⁹² Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia". Edit. Porrúa S.A. Undécima Edición. México. 1991. Pág. 445.

⁹³ "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 1 Introducción, familia, matrimonio. Trad. José M^o Cajica Camacho. Edit. Cajica, S.A., Puebla, Puebla, Méx. 1983. Pág. 347.

En consecuencia, como lo afirma Rojina Villegas, el parentesco "implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o mas personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho."⁹⁴

2. Antecedentes Históricos

La forma en que concibe y regula el derecho moderno a la figura jurídica del parentesco, no es la misma que se tenía en la antigüedad. Eugene Petit afirma que en el derecho romano la palabra familia aplicada a las personas se empleaba con dos sentidos contrarios: El primero se refería a la reunión de personas colocadas bajo la misma autoridad o *manus* del pater familias, en donde existía un régimen predominantemente patriarcal. Por otro lado, la familia era también, el conjunto de personas unidas por el parentesco civil o agnaticio, es decir, el pater familias y las personas bajo su autoridad estaban unidos entre sí por un parentesco civil llamado *agnatio*.⁹⁵

El antiguo derecho romano reconoció dos formas de parentesco : la *agnación* y la *cognación*.

La agnación era el vínculo jurídico que unía a los parientes por línea masculina, por lo que podía desarrollarse hasta lo infinito y sólo era transmisible por medio de varones, es decir, era el vínculo que unía a todas las personas que se encontraban bajo la potestad de un mismo pater familias o que se encontrarían, si éste no hubiese fallecido.⁹⁶

⁹⁴ "Compendio de Derecho Civil". Tomo 1. Introducción, Personas y Familia. Vigésima Tercera Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, D.F. 1989. Pág. 261.

⁹⁵ "Tratado Elemental de Derecho Romano". Trad. José Fernández González. Sexta Edición. Edit. Porrúa, S.A. México. 1990. Págs. 95-96.

⁹⁶ Iglesias, Juan. "Derecho Romano. Historia e Instituciones". Décima Edición. Edit. Ariel, S.A. Barcelona, España. 1992. Págs. 510-511.

Por su parte la cognación, era el parentesco natural, es decir, el vínculo que une a las personas descendientes unas de otras o de un tronco común, sin distinción de sexos. Los parientes cognaticios no podían formar una familia, ya que ésta solo era formada por el parentesco civil o agnaticio.⁹⁷

En esta materia los romanos distinguían el parentesco en línea recta ascendente (*parentes*) o descendente (*liberi*), la línea colateral o el parentesco entre afines. Así mismo para el cómputo de los grados se aplicaba la máxima "*quot generationes, toto gradus*", o sea, hay tantos grados como generaciones.⁹⁸

Respecto a las consecuencias que se atribuían a cada forma de parentesco, cabe mencionarse que a diferencia del actual regulación, el derecho civil romano concedía importantes prerrogativas al parentesco agnaticio sobre el cognaticio; la más importante era el derecho de pertenecer a una familia, el cual se adquiría por vía agnaticia, además de los derechos de tutela, curatela y sucesión.

Zannoni manifiesta que "poco a poco y a consecuencia de que la familia y la gens fueron despojadas de su carácter político basado en la jefatura del pater, y sus atribuciones asumidas por el Estado y las Magistraturas, la comunidad se sangra, la cognación, va adquiriendo prestancia y se transforma paulatinamente en el fundamento de los vínculos familiares. De ello es buena prueba la evolución del derecho hereditario romano que, basado en la agnación según el *jus civile*, fue desplazándose en favor de los cognados o consanguíneos por la acción del pretorio."⁹⁹

Posteriormente el derecho canónico viene a reforzar esta primacía de parentesco

⁹⁷ Petit, Eugene. Ob. Cit. Pág. 96.

⁹⁸ Floris Margadant, Guillermo. "El Derecho Privado Romano". Vigésima Primera Edición. Edit. Esfinge, S.A. de C.V., Naucalpan, Edo. De Méx. 1995. Págs. 195 -196.

⁹⁹ "Derecho Civil. Derecho de Familia". Tomo 1. Edit. Astrea. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. 1989. Pág. 72.

consanguíneo sobre el civil, y además incluye el parentesco espiritual, que era el que "nacía de la administración del bautismo, especial, y de la confirmación."¹⁰⁰

En el derecho mexicano, ya desde la época precortesiana, los mexicas habían reglamentado el estado de familia y de ciudadanía. El estado civil de las personas se hacía constar por medio de jeroglíficos en censos, que contenían el nombre, profesión ascendencia y descendencia de cada ciudadano. El parentesco en línea recta era ilimitado, mientras que el colateral solo podía llegar hasta el segundo grado y el parentesco por afinidad se multiplicaba con muchas denominaciones, debido a la inexistencia de la familia monogámica.¹⁰¹

Con la colonización española llegó el derecho europeo y como todo el derecho moderno contemporáneo, México siguió la tradición del código de Napoleón, de esta manera los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, reconocieron como únicas formas de parentesco el consanguíneo y por afinidad, con la particularidad que, el parentesco por afinidad se contraía no solo por virtud del matrimonio, sino también por la cópula lícita. Sin embargo fue hasta el Código Civil de 1928 en que son reconocidas como formas de parentesco el consanguíneo, el de afinidad y se incluyó el civil que se deriva de la adopción.

3. Clases de Parentesco

En atención a su origen, Planiol señala que el parentesco puede ser de consanguinidad, de afinidad o civil. El consanguíneo deriva de la filiación, el de afinidad del matrimonio y el civil de la adopción.¹⁰²

¹⁰⁰ Ibarrola, Antonio de. *"Derecho de Familia"*. Tercera Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1984. Pág. 119.

¹⁰¹ Muñoz Salvador Castro, Luis. *"Comentarios al Código Civil"*. Tomo 1. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983. Pág. 320.

¹⁰² Ob. Cit. Pág. 306.

Sin embargo, Galindo Garfias afirma que "en nuestro derecho y de acuerdo con el Código Civil (artículo 402) propiamente, la adopción no es fuente del parentesco ni por consiguiente de la familia; solo establece un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado."¹⁰³

Las tres formas de parentesco deben ser declaradas y reconocidas por la ley, ya que, en la medida en que el derecho reconozca la existencia de los vínculos de sangre o bien que determine quienes son los sujetos o las relaciones que lo originan, habrá parentesco y por lo tanto consecuencias jurídicas.

A).- Parentesco consanguíneo

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, define al parentesco consanguíneo como "el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor."

En ese sentido el parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que une a las personas que descienden unas de otras (línea recta) o bien que descienden de un antecesor o tronco común (línea colateral) . Esta doble división incluso esta impuesta por la propia naturaleza.

Algunos autores proponen que el parentesco consanguíneo, tome el nombre de parentesco natural-legal, porque tiene su origen tanto en la naturaleza como en la ley.¹⁰⁴

B).- Parentesco por afinidad

¹⁰³ Ob. Cit. Pág. 446.

¹⁰⁴ Ver. Ulpiano. "El Parentesco ante la Ley Civil". En: *Foro de México*. N° 10. Enero 1953. México, D.F. Pág. 14.

El artículo 294 del Código Civil define al parentesco por afinidad como “el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón”

La única fuente del parentesco por afinidad es el matrimonio, por lo tanto el concubinato no da origen al parentesco de afinidad. Y como claramente lo ejemplifica Galindo Garfias “si la ley establece ciertos impedimentos derivados del parentesco por afinidad, no existe impedimento legal alguno para que un hombre pueda casarse con la hija que su concubina ha tenido con otro hombre.”¹⁰⁵

Por su parte Planiol expresa que, el parentesco por afinidad no tiene el alcance que muchos consideran, es decir, con la celebración del matrimonio se establece la afinidad entre cada esposo y los parientes del otro, pero no entre los parientes de ambos esposos, por lo que “se comete un error al afirmar que las familias se unen por el matrimonio; una sola persona se une a la familia de cada cónyuge; la que se casa.”¹⁰⁶

Por el otro lado y aún cuando este parentesco tiene su origen en el matrimonio, no crea lazos de parentesco entre los esposos, es decir, las personas cuando se casan “se convierten en cónyuges, forman una familia como pareja, son familiares, lo más estrechamente unidos por el derecho y por lazos afectivos y morales, más no son parientes”¹⁰⁷

El parentesco por afinidad toma los grados y líneas del parentesco consanguíneo, y consuetudinariamente lo que distingue a los parientes consanguíneos de los afines es la palabra “político” es decir éstos son los comúnmente llamados “parientes políticos”.

En la actual legislación civil, prevalece la máxima de origen romano, “*muerta mi*

¹⁰⁵ Ob. Cit. Pág. 449.

¹⁰⁶ Ob. Cit. Pág. 351.

¹⁰⁷ Montero Duhalt, Sara. “*Derecho de Familia*”. Cuarta Edición. Edit. Porrúa, S.A.. México 1990. Pág. 47.

hija, muerto mi yerno", por que el parentesco por afinidad se extingue por divorcio, nulidad de matrimonio o muerte de uno de los cónyuges; no obstante subsiste una consecuencia muy importante, el impedimento para contraer matrimonio con un pariente por afinidad, que regula la fracción IV del artículo 156 del Código Civil.

Este impedimento cobra vigencia una vez que se extinguió el vínculo matrimonial, por que en caso de continuar casados el impedimento del primer matrimonio es suficiente. Por ejemplo "mientras el matrimonio dura, si el marido no puede casarse con su cuñada, no se debe a que ésta sea hermana de su mujer, sino a que él mismo está casado y si se casara aquélla sería bigamo: además ni siquiera podría él casarse con una extraña. Para que la afinidad que existe entre los cuñados sea un obstáculo al matrimonio entre ellos, es preciso que esté disuelta la unión que produjo esta afinidad."¹⁰⁸

C).- Parentesco civil

El artículo 295 del Código Civil define a esta clase de parentesco como " el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado."¹⁰⁹

Este vínculo jurídico también llamado parentesco adoptivo o de adopción, es una ficción legal por medio del cual, se suple artificialmente los lazos de sangre habidos entre padres e hijos, a aquéllas personas que no puedan satisfacer sus necesidades paterno filiales. "La adopción así cumple una doble finalidad: atribuir una descendencia ficticia a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la posibilidad de que los menores o incapacitados encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requiere su estado."¹¹⁰

¹⁰⁸ Planiol, Marcel y Georges Ripert. Ob. Cit. Pág. 353.

¹⁰⁹ Cabe aclarar que con fecha 22 de abril de 1998 el Senado de la República aprobó las reformas al Código Civil, en donde se admite la adopción plena, equiparándola por completo con la filiación consanguínea. Sin embargo, a la fecha de impresión del presente trabajo de investigación, aún no se publicaban dichas reformas en el Diario Oficial de la Federación, por lo que continúan vigentes los artículos aquí analizados.

¹¹⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 451.

Este vínculo jurídico solo se establece entre el adoptante y el adoptado, razón por la cual la adopción no crea parentesco con la familia del adoptante, lo que únicamente ocurre en el caso de la adopción plena¹¹¹, sin embargo el adoptado cuenta con los mismos derechos que los hijos consanguíneos.

4. Grados y Líneas

Los grados y las líneas de parentesco toman importancia respecto del parentesco consanguíneo, ya que el parentesco por afinidad tomo los grados y líneas del primero y el civil solo se da entre el adoptante y el adoptado.

La ley reconoce la existencia de la procreación a efecto de otorgar a la misma consecuencias de derecho, sin embargo, estas consecuencias se las proporciona en la medida de la proximidad del parentesco, es decir, no todos los parientes son iguales, hay unos mas próximos que otros, incluso hay algunos que por su lejanía dejan de considerarse parientes para el derecho.

La proximidad de los parientes se toma en cuenta por medio de las generaciones entre las personas que forman parte de una familia, y a cada una de estas generaciones se le asigna un grado para efectos del cómputo de la proximidad.

GRADO.- Borda define al grado como "el vínculo entre dos individuos de generación sucesiva".¹¹² En consecuencia cada generación forma un grado.

¹¹¹ En la adopción plena el adoptado adquiere una filiación que sustituye a la de origen, es decir, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo. Zannoni, Eduardo A. "*Derecho Civil. Derecho de Familia*." Tomo 1. Ob. Cit. Pág. 80.

¹¹² "*Tratado de Derecho Civil Familia*". Tomo 1. Octava Edición. Edit. Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1992. Pág. 23.

LÍNEA.- De acuerdo con el artículo 296 del Código Civil “la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco”. Genéricamente la línea de parentesco puede ser recta o transversal.

La línea recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras (Art. 297 del Código Civil). Por ejemplo: padre, hijo, nieto, bisnieto, tataranieto, hasta un número infinito de grados, es decir, en línea recta hay tantos grados como generaciones.

A su vez esta línea recta puede ser ascendente o descendente. El artículo 298 del Código Civil establece con una minuciosidad propia más bien de una obra doctrinaria que de una ley, que la línea ascendente es “la que liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede; y descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.”

En la línea recta, los grados de parentesco se cuentan por el número de generaciones que existen entre dos o más personas, o bien por el número de personas que existan en los extremos de cada línea, excluyendo al progenitor.

Por su parte la línea transversal o colateral, se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común. Por ejemplo: Los hermanos, tíos sobrinos, primos.

A su vez la línea transversal puede ser igual o desigual, según que los parientes se encuentren en el mismo grado o en grados distintos. “Por ejemplo los hermanos se encuentran en parentesco colateral igual de segundo grado; los primos hermanos se encuentran colocados en un parentesco transversal igual de cuarto grado, en cambio, los tíos

en relación con los sobrinos se encuentran en un parentesco colateral desigual de tercer grado."¹¹³

Respecto al cómputo de los grados de la línea colateral, el artículo 300 del Código Civil, expresa que "en la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común."

De acuerdo al Código Civil, se reconoce únicamente hasta el cuarto grado de parentesco colateral, es decir, hasta los primos en línea igual y los tíos abuelos con los sobrinos nietos en línea desigual.

Ahora bien, tanto la línea recta como la transversal puede ser materna o paterna, según que el progenitor sea la madre o el padre. En razón de que este parentesco se establece en virtud de la procreación, todas las personas necesariamente tienen dos líneas de parentesco derivadas de sus dos progenitores, sin embargo, en caso de que se desconozca la identidad de uno de ellos o de ambos, las líneas de parentesco no se encontraran determinadas lo que desde luego no implica que no se tengan, sino que no las reconoce el orden jurídico.

Por otro lado existe la clasificación de lo que la doctrina argentina llama unilateralidad o bilateralidad del parentesco consanguíneo, y se refiere precisamente a los hermanos y medios hermanos, "la distinción se efectúa según que dos parientes, entre sí, puedan referir su origen común a uno o ambos progenitores. Así los hermanos son, entre sí, bilaterales, cuando proceden del mismo padre y de la misma madre; son en cambio, unilaterales, los que proceden del mismo padre pero de madres distintas o bien de la misma

¹¹³ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 261.

madre y de padres distintos.”¹¹⁴ En el primer caso son llamados hijos consanguíneos o paternos y en el segundo caso hijos uterinos o maternos.

5. Consecuencias Jurídicas

El Código Civil reconoce parentesco entre las personas, con la finalidad de originar de manera constante un conjunto de consecuencias jurídicas. Estos efectos van a ser el resultado de la aplicación de todo el estatuto familiar, y los mismos no solo serán momentáneos o aislados, sino que la gran mayoría se mantendrá en forma indefinida.

La doctrina sostiene que son de naturaleza variada las consecuencias jurídicas del parentesco, ya que se crean obligaciones, atribuyen derechos e implica incapacidades.

1.- El Parentesco consanguíneo produce los siguientes efectos:

a.- Genera el derecho de recibir alimentos y la obligación recíproca de otorgarlos a los parientes en línea recta sin limitación de grado y a los colaterales hasta el cuarto grado. (Arts. 303, 304, 305, 306 del Código Civil)

b.- Otorga el derecho a heredar en sucesión legítima a los parientes en línea recta sin limitación de grado y los transversales dentro de cuarto grado. (Art. 1602 del Código Civil)

c.- Da origen a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, así como, determina en quién recae su ejercicio a falta de los padres. (Art. 414 del Código Civil)

d.- Impone la obligación de desempeñar el cargo de tutor legítimo. (Arts. 483 y 487 del Código Civil)

e.- El parentesco consanguíneo sin limitación de grado en la línea recta ascendente o descendente, constituye un impedimento para celebrar matrimonio. En línea colateral igual el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la línea colateral

¹¹⁴ Zannoni, Eduardo A. “Derecho Civil. Derecho de Familia”. Tomo 1. Ob. Cit. Pág. 77.

desigual, el impedimento solamente es a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa. (Art. 156 fracción III del Código Civil)

“Otro tipo de prohibiciones establece la ley en razón del parentesco, dispersas en diversos ordenamientos jurídicos, que pueden generalizarse como prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en los que esté involucrado un pariente, o en el mayor o menor rigor de la ley, sobre todo en materia penal.”¹¹⁵

2.- El Parentesco por afinidad, produce las siguiente consecuencias:

a.- Las consecuencia más importante que produce este tipo de parentesco, es el impedimento para celebrar matrimonio con parientes por afinidad en línea recta sin limitación de grado. (Art. 156 fracción IV del Código Civil).

Adicionalmente el parentesco por afinidad produce efectos negativos en cuanto a que impide la intervención de parientes afines en los casos en que expresamente lo determine la ley.

3.- El Parentesco civil, produce las siguiente consecuencias:

a.- Produce consecuencias jurídicas únicamente entre el adoptante y el adoptado, las cuales se equiparan a las producidas por el parentesco consanguíneo. La única excepción se da por lo que hace al impedimento para contraer matrimonio, ya que, mientras subsista el vínculo de la adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes. (Arts. 157 y 402 del Código Civil.)

3.2 La Filiación

1. Concepto

¹¹⁵ Iglesias, Juan. Ob. Cit. Pág. 52.

La filiación (del latín *filatio - onis* de *filus* - hijo) es el vínculo que une a dos personas, de las cuales una es el padre o la madre y la otra es el hijo, o al decir de Joseerand es "el nexa entre un hijo y sus progenitores inmediatos, con su padre o con su madre."¹¹⁶

La filiación da origen al parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, al respecto Galindo Garfias afirma que "la fuente primordial de la familia es la filiación, que es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos."¹¹⁷

La doctrina coincide en aceptar que la filiación puede ser definida en dos sentidos; por un lado, en su acepción amplia o natural la filiación es el vínculo establecido entre la ascendencia y descendencia en línea recta sin limitación de grados; "de esta manera puede hablarse de filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc."¹¹⁸

Por otro lado, en su acepción estricta o jurídica, la filiación es "la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo."¹¹⁹ En este caso, la filiación va a "implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo."¹²⁰

¹¹⁶ Cit. Por Fassi Santiago, Carlos. "*Estudios de Derecho de Familia*". Edit. Editora Platense. La Plata, Argentina. 1962. Pág. 413.

¹¹⁷ Ob. Cit. Pág. 619.

¹¹⁸ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 451.

¹¹⁹ Planiol, Marcel y Georges Ripert. "*Tratado Elemental de Derecho Civil*". Tomo I, 2 Divorcio, filiación incapacidades. Trad. José M^a Cajica Camacho. Edit. Cajica, S.A., Puebla, Méx. 1984. Pág. 101.

¹²⁰ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 451.

Es importante destacar que, la institución jurídica de la filiación, no es una figura creada por la ley, sino que, esta conformada de ciertos hechos jurídicos (fecundación, gestación y nacimiento) reconocidos y regulados por el ordenamiento legal, con la finalidad de proteger no sólo los intereses de padres e hijos, sino a la comunidad y al mismo Estado, ya que, como lo afirma Cicu, "por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado."¹²¹

Para la actual regulación civil, es incuestionable que cualquier nacimiento es necesariamente fruto de la cópula física entre un hombre y una mujer, es decir, desde un punto de vista biológico todo ser humano tiene una madre y un padre, sin embargo, habrá filiación entre ellos, en la medida en que este vínculo natural sea reconocido por el ordenamiento jurídico, es decir, en la medida en que se verifiquen los requisitos previstos por la ley para que el hecho natural de la filiación tenga consecuencias jurídicas. En ese sentido, "para que podamos hablar de filiación esa realidad biológica tiene que haber sido trasladada al plano jurídico, puesto que si ello no ha ocurrido no se han generado los derechos subjetivos familiares que se derivan de ese vínculo. Sólo existirá, en ese caso, el derecho a reclamar esa filiación o a ser reconocido, pero todavía no hay emplazamiento filial."¹²²

En consecuencia, la filiación implica la existencia del vínculo biológico y del vínculo jurídico - excepto en el caso de la filiación adoptiva, en donde existe una relación jurídica sin base biológica, sino como consecuencia de un acto jurídico -, es decir, como hecho natural la filiación siempre existe, ya que, siempre se es hijo de un padre o una madre, pero la filiación como hecho jurídico se origina hasta que el vínculo natural es reconocido por el ordenamiento legal y se le otorgan consecuencias jurídicas.

Sin embargo, puede haber procreación sin filiación, es decir, puede existir el vínculo

¹²¹ "La Filiación". Primera Edición. Trad. Faustino Gimenez Arnaú y José Santacruz Tejeiro. Edit. Imprenta Helénia. Revista de Derecho Privado. Madrid 1930. Pág. 16.

¹²² Azpiri, Jorge Osvaldo. "Enciclopedia de Derecho de Familia". Tomo II. Directores Carlos A. Lagomarsino y Marcelo V. Salerno. Edit. Universidad S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1992. Pág. 361.

biológico sin que exista relación paterno filial atribuible a determinada persona, por ejemplo en el caso de que no conste legalmente el nombre de uno o ambos padres de un hijo nacido fuera del matrimonio; no obstante, siempre que exista vínculo paterno filial habrá la presunción del vínculo biológico, ya que en éste se encuentra basada la reglamentación, independientemente, de que pueda haber casos en que exista filiación sin procreación, por ejemplo en el caso de la adopción o cuando el padre o la madre reconozcan a un hijo que biológicamente no sea suyo.

Es importante destacar que los términos filiación, maternidad y paternidad, no son sinónimos, aún cuando participen en la misma relación jurídica entre procreantes y procreados, ya que como concluye Puig Peña en relación a la filiación y la paternidad: "creemos que ello no es más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin su padre."¹²³

En consecuencia, las palabras filiación, maternidad y paternidad, toman importancia dependiendo del punto de referencia que se estudia, y así paternidad se refiere a la relación del padre con el hijo, maternidad al vínculo de la madre con el hijo y filiación al vínculo del hijo con su padre o madre.

2. Clases de Filiación

Durante toda la historia del derecho, se han hecho distintas clasificaciones de los hijos, en sus orígenes estas distinciones tenían la finalidad de determinar el status social que guardaban los mismos dentro de la sociedad.

En la época de la poligamia, dada la promiscuidad sexual que imperaba, la

¹²³ Cit. Por. Pina Vara, Rafael de. "*Elementos de Derecho Civil Mexicano*". Vol. I. Introducción - Personas - Familia. Decimoseptima Edición. Edit. Porrúa, S.A., México 1992. Pág. 349.

maternidad era la única relación filial que podía ser determinada gracias al parto, mientras que la paternidad era un hecho incierto. Sin embargo, cuando la unión monogámica se establece como la forma lícita y moral de fundar una familia, la permanencia y exclusividad sexual de la pareja unida en matrimonio facilitó la determinación de la paternidad de los hijos habidos dentro de esa relación.

No obstante, continuó el problema de determinar la paternidad de los hijos nacidos de una mujer que no estaba unida en matrimonio, cuyo nacimiento rompía con el orden establecido y provocaba incertidumbre dentro de la sociedad.

Surge entonces la clasificación de los hijos nacidos dentro del matrimonio y de los hijos nacidos fuera del matrimonio, denominándose legítimos a los primeros e ilegítimos a los segundos, haciendo una marcada discriminación de los hijos ilegítimos.

Afortunadamente en la actual legislación civil, estos criterios de discriminación, ya han sido superados, y solo se distingue a los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales, para efectos de determinar y probar la filiación con sus padres, no así, para efectos de derechos y obligaciones de padres e hijos, ya que en este campo existe un igualdad absoluta.

En ese sentido, de acuerdo con el Código Civil, la filiación puede ser: Matrimonial; Extramatrimonial; y Adoptiva.

La filiación matrimonial y extramatrimonial, tienen su origen en el hecho natural de la procreación, por lo que forma parte del grupo de la filiación consanguínea, mientras que la filiación adoptiva deriva del acto jurídico de la adopción, por lo que forma parte del grupo de la filiación civil, que dicho sea de paso, el Código Civil relaciona con el parentesco y no con la filiación.

A).- Filiación matrimonial

a).- Concepto

La filiación matrimonial, es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo y sus padres, cuando éstos están casados al momento de su concepción. En ese sentido, la filiación matrimonial es determinada por la época de concepción del hijo y no por el nacimiento; sin embargo, también son matrimoniales los hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio, o los nacidos después de disuelto el matrimonio de sus padres, siempre que concurra alguna de las circunstancias determinadas en la ley.

b).- Antecedentes históricos

Antiguamente en los pueblos primitivos, la filiación era algo místico, que se encontraba íntimamente relacionado con la religión, por lo que toda la regulación jurídica encontraba su sustento en la maternidad biológica, ya que la paternidad resultaba incierta debido a la promiscuidad que imperaba en aquéllos tiempos.

La antigua Grecia, siguiendo la ancestral tradición, la maternidad biológica y la aceptación del hijo como tal, era el fundamento de la regulación jurídica de la filiación.

Por su parte en el antiguo derecho romano existía una primacía del parentesco agnaticio sobre el cognaticio, por lo tanto, la paternidad del marido era imputada siempre y cuando éste la aceptara y reconociera, ya que los miembros de una familia no eran los que descendían unos de otros, sino los que se encontraban bajo la patria potestad de un mismo pater familias.

En el derecho romano clásico, consolidada la familia consanguínea, se reconoció a los "*iusti liberti*", que eran los hijos concebidos y nacidos en "*iustas nuptias*", en esta categoría se incluían a aquéllos hijos que eran adoptados. Estos hijos se encontraban bajo la autoridad de su padre y adoptaban su nombre y condición. "La paternidad sólo quedaba

establecida en esta clase de filiación, y para regularla el derecho romano post-clásico aceptó el criterio de Hipócrates fijándose a la gestación un plazo mínimo de ciento ochenta días y máximo de trescientos.¹²⁴

En consecuencia la maternidad era un hecho cierto que se determinaba por medio del embarazo y parto de la madre, mientras que la paternidad era un hecho incierto y de difícil demostración, por lo que su determinación se encontraba basada en presunciones, aplicándose en este caso la máxima de Paulo "*quia semper certa est (mater) etiamsi vulgo conceperit: pater vero in est quem nuptiae demonstrat*", es decir, la madre siempre es cierta y el padre es aquél que demuestren las nupcias.¹²⁵

Por su parte en lo antiguos pueblos germánicos, la filiación era determinada por la voluntad del padre no por el lazo consanguíneo, imperando la figura del "*mundium*". El derecho canónico, sigue la tradición romana aplicando las presunciones y admitiendo las pruebas en contra; sus tribunales se reservaron el conocimiento de los conflictos sobre filiación legítima. Posteriormente el antiguo derecho francés, devuelve a los tribunales civiles la potestad de resolver los conflictos sobre filiación, y sostiene que la legitimidad de un hijo se deriva de la concepción dentro del matrimonio, atribuyendo por medio de una presunción la paternidad del hijo al marido de la madre. Por último el derecho germánico al igual que el *commun law*, determina como hijo legítimo a aquél concebido o nacido dentro del matrimonio de sus padres.¹²⁶

En México, los códigos civiles de 1870 y 1884, siguiendo la tradición romana y el código de Napoleón, establecieron la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, así como las presunciones para establecer la paternidad legítima. La prueba para acreditar la filiación legítima, era únicamente la partida de nacimiento y sólo en caso de que se cuestionara la

¹²⁴ Vidal Martínez, Jaime. "*El hijo legítimo su concepto y determinación en el Código Civil Español*". Edit. Monte Corvo, S.A. Madrid 1974. Pág. 44.

¹²⁵ Magallón Ibarra, Jorge Mario. "*Instituciones de Derecho Civil*". Tomo III Derecho Familiar. Edit. Porrúa, S.A., México 1988. Págs. 431-432.

¹²⁶ Vidal Martínez, Jaime. Ob. Cit. Págs. 46-47.

validez del matrimonio de los padres, debía presentarse el acta de matrimonio; así mismo, subsidiariamente, la posesión constante de estado de hijo de matrimonio acreditaba la filiación matrimonial, la cual se constituía exclusivamente con el nombre y la fama.

c).- Determinación de la maternidad y paternidad

La filiación consanguínea (matrimonial o extramatrimonial), tiene como presupuesto indispensable un nexo biológico entre padres e hijos, por lo que las formas de determinar la filiación, es la manera en que este vínculo biológico queda fijado por medio del establecimiento del vínculo jurídico, es decir, -como lo afirma La Cruz Berdejo y Sancho Rebullida- la determinación es "la afirmación jurídica de una realidad biológica *presunta*."¹²⁷

En ese sentido, el ordenamiento jurídico debe coincidir con la realidad biológica, sin embargo, está no es una cuestión sencilla, sobre todo en relación al padre, ya que como lo expresa Pacifici-Mazzoni "la filiación paterna o la paternidad es casi un misterio impenetrable a la ciencia y a las investigaciones judiciales"¹²⁸, razón por la cual, la ley ha impuesto presupuestos indispensables para establecer el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la relación paterno filial.

La Cruz Berdejo, Sancho Rebullida, Zannoni, Bossert, así como, Puig Bratau, sostienen que la determinación de la filiación consanguínea, puede ser *legal*, cuando se fija de acuerdo a presunciones o supuestos determinados en la ley; *voluntaria o negocial*, cuando se fija por medio de la manifestación de la voluntad o reconocimiento de los padres; y *judicial*, cuando deriva de una resolución judicial que declare la maternidad o paternidad.

¹²⁷ Cit. Por. Bossert, A. Gustavo y Eduardo A. Zannoni. "Régimen Legal de la Filiación y Patria Potestad". 2ª Reimpresión. Edit. Astrea. Buenos Aires 1987. Pág. 24.

¹²⁸ Cit. Por. Castán Tobeñas, José. "Derecho Civil Español y Foral." Tomo cuarto. (Derecho de Familia). Sexta Edición revisada. Edit. Instituto Editorial REUS. Madrid. 1944. Pág. 7.

La maternidad matrimonial se determina legalmente, -al igual que en la filiación extramatrimonial- por el sólo hecho del nacimiento (Art. 360 del Código Civil.), es decir por medio del parto, siguiendo la antigua fórmula romana que rezaba "*partus sequitur ventrem*" el parto sigue al vientre, en consecuencia, se trata de un hecho conocido susceptible de prueba directa, razón por la cual, continua aplicándose la máxima de Paulo "*mater semper certa est*", la maternidad siempre resulta cierta.

En segundo lugar es necesario establecer la identidad del hijo, esto es "determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz.

Con la finalidad de evitar incertidumbre en relación a la identidad del hijo, el artículo 55 del Código Civil, impone la obligación a los padres, de declarar el nacimiento de un niño dentro de los seis meses siguientes al parto, en su defecto a los abuelos paternos y a falta de éstos a los abuelos maternos. Igualmente los médicos cirujanos, matronas, el jefe de familia en cuya casa hubiere tenido lugar el alumbramiento o el jefe de los hospitales a dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil dentro de las veinticuatro horas siguientes al parto.

Así mismo, para que no exista la menor duda sobre la identidad del menor, el artículo 54 del Código Civil, obliga a la presentación del niño al momento de su registro ante el Juez del Registro Civil, mientras que el artículo 58 del cuerpo legal antes invocado, determina que para el levantamiento del acta, será necesaria la presencia de dos testigos, así como el señalamiento del día, lugar y hora del nacimiento, el sexo, nombre, apellidos e impresión digital del menor presentado.

En consecuencia, cuando el parto y la identidad del hijo son confesados o probados, la filiación materna queda legalmente establecida, la cual, coincide o cuando menos debe coincidir con la verdad biológica.

Una vez que ha quedado plenamente establecida la filiación matrimonial materna, la

filiación paterna se determina por medio de presunciones en favor del marido de la madre. Al respecto Ibarrola destaca un error técnico existente en el Código Civil, cuando se ocupa de la regulación de la filiación paterna antes de haber hablado de la filiación materna.¹²⁹

Hasta hace algunos años, la paternidad no era un hecho que sea susceptible de prueba directa, sino que sólo podía presumirse de ciertos hechos conocidos, es decir, "el hecho conocido es el estado de matrimonio de la madre; la paternidad, el hecho desconocido."¹³⁰ El Código Civil determina la paternidad por medio de la combinación de dos presunciones, por un lado la de la época de concepción, tomando como punto de referencia la fecha de nacimiento y por otro, la de paternidad de marido de la madre. La primera se encuentra explícita y la segunda implícita en el artículo 324 del Código Civil.

El precepto legal antes invocado dispone que: "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."

Las presunción de concepción dentro de los plazos establecidos en la ley, tiene su fundamento en la propia naturaleza, la atávica teoría de Hipócrates, ratificada por el francés Fourcroy, establecieron que el tiempo mínimo de gestación de un ser humano es de ciento ochenta días y el máximo es de trescientos, no obstante "con los datos que ofrece la Ginecología moderna, el nacimiento puede ocurrir antes de ciento ochenta días o después de los trescientos días del embarazo."¹³¹

Mientras que la presunción de paternidad encuentra su fundamento en la fidelidad y

¹²⁹ Ob. Cit. Pág. 382.

¹³⁰ Planiol, Marcel y Georges Ripert. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 125.

¹³¹ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 624.

exclusividad sexual que se deben los consortes, al respecto, Sara Montero afirma que, "el marido y la mujer tienen entre sí, legalmente el débito carnal, sólo el uno con el otro. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. Padre es el que demuestran las nupcias decían los romanos: *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. El marido de la mujer es el padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio."¹³²

Los requisitos para que opere la presunción de paternidad son: 1) La existencia de matrimonio entre la madre y el marido a quien se le atribuye la paternidad; 2) La filiación materna acreditada y; 3) La concepción dentro de matrimonio.¹³³

Al ser la paternidad un hecho de difícil comprobación, las presunciones en que su determinación se basa tienen el carácter de *iuris tantum*, es decir, en casos muy limitados la presunción de paternidad matrimonial admite prueba en contrario. El artículo 325 del Código Civil, dispone que: "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento."

Los hijos nacidos dentro de los primeros ciento ochenta días siguientes al matrimonio, en principio serían extramatrimoniales, sin embargo, la ley determina que su filiación quedará establecida en favor del marido de la madre, si se prueba que: 1. Supo antes de casarse del embarazo de su futura esposa, para lo cual, será necesario un principio de prueba por escrito; 2. Que concurrió al levantamiento del acta de nacimiento; 3. Que ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer, independientemente de que tenga lugar este reconocimiento antes o después de celebrado el matrimonio o; 4. En caso de que el hijo no hubiese nacido capaz de vivir.

En estos supuestos existe un reconocimiento tácito o expreso por parte del padre,

¹³² Ob. Cit. Pág. 268.

¹³³ Cfr. Castán Tobeñas José. Ob. Cit. Pág. 8.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

por lo que no opera la presunción de paternidad del marido, sino que se determina la paternidad de pleno derecho por ministerio de ley, salvo cuando el menor no viva veinticuatro horas o no sea presentado vivo ante el Registro Civil, en cuyo caso su filiación no es cuestionable.

Los hijos nacidos después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio o nulidad, se consideran hijos de matrimonio, siempre que el padre no ejercite la acción de desconocimiento dentro del plazo de sesenta días. En este supuesto, mientras el marido no desconozca al hijo, éste se considera legítimo.

Chávez Asencio afirma que este dispositivo se encuentra en la ley para protección del hijo, ya que, no es posible asegurar que durante la separación judicial o de hecho de los cónyuges, éstos se hayan abstenido de tener relaciones sexuales, o hayan llegado a la reconciliación sin haber dado aviso al juez.¹³⁴

En caso de matrimonios sucesivos de la madre, en contravención a los plazos establecidos por el artículo 158 del Código Civil¹³⁵, se origina un aparente conflicto de presunciones, sin embargo, el Código en su artículo 334 resuelve esta controversia estableciendo que:

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

2.- Se presume que el hijo es del segundo marido, si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aún cuando el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. En este caso, la

¹³⁴ Ob. Cit. Pág. 71.

¹³⁵ Art. 158. La mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio, puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación.

doctrina considera que es mejor atribuir al hijo una filiación a un matrimonio que esta vigente y no a uno que ya ha terminado.

3.- Se presume que el hijo nació fuera de matrimonio, si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero.

Las presunciones de paternidad que se establecen en los casos de matrimonio subsecuente de la madre, son *iuris tantum*, y pueden ser desvirtuadas si se demuestra plenamente la imposibilidad de que el hijo sea del marido a quien se le atribuye la paternidad.

d).- Pruebas de la filiación matrimonial

Como lo afirma Puig Brutau, la filiación -matrimonial y extramatrimonial- implica un estado civil que necesita un título que lo declare y acredite frente a todos, sin perjuicio de que en su caso pueda ser impugnado judicialmente mediante la aportación de las pruebas suficientes. "El título, pues, es la prueba habitual en el tráfico, distinta de la prueba que pueda aportarse en una controversia judicial."¹³⁶

Legalmente los medios para acreditar la filiación matrimonial son en condiciones normales el acta de nacimiento y matrimonio de sus padres o en su defecto con la posesión de estado de hijo de matrimonio, y ausencia de ambas probanzas, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la posesión de estado de hijo de matrimonio, en donde se admite cualquier medio de prueba, pero para la testimonial es necesario un principio de prueba por escrito. A las dos primeras pruebas la doctrina las nombra "pruebas extrajudiciales", mientras que a las últimas, por existir una controversia, la doctrina las nombra "pruebas judiciales."

¹³⁶ "Fundamentos de Derecho Civil". Tomo IV Familia - Matrimonio - Divorcio - Filiación - Patria Potestad - Tutela. Segunda Edición. Edit. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España. 1985. Pág. 191.

Al respecto el artículo 340 del Código Civil, textualmente dispone: "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres", y estas pruebas se complementan con lo dispuesto por el artículo 341 del mismo ordenamiento legal: "A falta de actas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase."

d.1).- El acta de nacimiento y matrimonio

Usualmente el acta de nacimiento sirve para acreditar, tanto la existencia del parto como la identidad del hijo, sin embargo Planiol afirma que "el acta de nacimiento no prueba completamente la *filiación*: únicamente da fe, lo que es muy diferente del hecho de la *maternidad*, es decir, del *parto*. ... De ninguna manera prueba ella la identidad del hijo"¹³⁷, en virtud de que existen ocasiones en que el que presenta el acta de nacimiento no es la misma persona cuyo nacimiento consta en el acta, además actualmente esto es muy factible, dada la facilidad para obtener copias certificadas de actas de nacimiento diversas a las de los solicitantes.

Cicu opina, que el acta de nacimiento es una prueba del estado civil de las personas, preconstituída por el poder público, delegando esa función al Juez del Registro Civil, ante quien deben todas las personas declarar los nacimientos, sin embargo, esta prueba no la hace el estado con miras a una contienda judicial, sino con la finalidad de "fijar

¹³⁷ "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 113.

públicamente el estado de las personas, investir a éstas de su estado, de modo que puedan hacerlo valer frente a todos y en forma que todos tengan que considerarlo como existente y respetarlo"¹³⁸ En consecuencia el acta de nacimiento es un verdadero título del estado de hijo de matrimonio, y no un simple medio de prueba judicial.

Es importante destacar la distinción de los dos caracteres de las actas de nacimiento, ya que, por un lado en su calidad de título de estado, es posible hablar de sus requisitos esenciales y de validez. Cicu afirma que "nulidad del acta de nacimiento significa en este caso inidoneidad de la misma para valer como título de estado de hijo legítimo; y aún nos parecería más apropiado hablar de ineficacia".¹³⁹ Mientras que el acta de nacimiento como simple medio de prueba, no es válido o nulo, sino más o menos eficaz para formar la convicción del juez, sin embargo, es importante destacar que una acta de nacimiento puede ser eficaz como prueba en un juicio, pero no tener valor como título de estado en tanto no se subsane la causa de nulidad o invalidez.

Respecto a los requisitos que debe contener el acta de nacimiento, el artículo 58 del Código Civil dispone, que será necesario la presencia de dos testigos y el acta contendrá el día, la hora y el lugar de nacimiento (parto) así como, sexo, nombre y apellidos y huella digital del presentado (identidad). Cuando se trate de hijos nacidos de matrimonio, se asentarán además los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres, los nombres y domicilio de los abuelos y de las personas que hubieren hecho la presentación (Art. 59 del Código Civil).

Para acreditar la filiación matrimonial, además del acta de nacimiento es indispensable la presentación del acta de matrimonio de los padres. Legalmente el matrimonio es un acto jurídico solemne, por lo tanto, sólo puede celebrarse ante un Juez del Registro Civil. Cuando el matrimonio sea declarado nulo, independientemente de la buena

¹³⁸ Ob. Cit. Págs. 22-23.

¹³⁹ Ibidem. Pág. 26.

o mala fe de los consortes, los hijos habidos durante él se consideran hijos de matrimonio (Art. 344 en relación con el 255 y 256 del Código Civil).

En caso de que falte el acta de matrimonio de los padres, resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 342 del Código Civil, que textualmente dispone que "si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a estos hijos haber nacido de matrimonio por solo la falta de presentación del acta que enlace a sus padres siempre que se pruebe que tiene la posesión de estado de hijo de ellos que, por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no este contradicha por el acta de nacimiento."

Es importante destacar que esto no es una posesión de estado de consortes, la cual, no se encuentra reglamentada en la actual legislación, sino es un supuesto excepcional y específico, "lo que significa que fuera de este caso, habiendo o no vida pública como marido y mujer, si falta el acta de matrimonio no se podrá acreditar la filiación matrimonial."¹⁴⁰

Por otro lado, no es lo mismo que las actas estén defectuosas, incompletas o sean falsas. Una acta defectuosa es aquella que tenga alguna imperfección, que puede ser a causa de un error mecanográfico, ortográfico o de otra índole, pero que no afecte los datos esenciales, en este caso solo será necesario hacer la corrección correspondiente ante el propio Juez del Registro Civil; mientras que una acta incompleta, es aquella que le falta algo, y esta falta puede recaer sobre un elemento accidental o esencial de la misma, en el primer caso basta la sola rectificación y en el segundo supuesto hay que hacer la corrección mediante un proceso judicial de rectificación de acta; por último las actas falsas se encuentran afectadas de nulidad.¹⁴¹

¹⁴⁰ Chávez Asencio, Manuel. Ob. Cit. Pág. 77.

¹⁴¹ Ibidem. Págs. 83-84.

En conclusión, con el acta de matrimonio, el hijo demuestra que sus progenitores estuvieron casados, y con el acta de nacimiento, acredita que él fue concebido dentro del matrimonio de sus padres, ahora bien, en caso de que las actas sean incompletas, falsas o defectuosas, hay que acudir subsidiariamente a probar la posesión de estado de hijo de matrimonio para acreditar la filiación matrimonial.

d.2).- La posesión de estado

La posesión de estado de hijo nacido de matrimonio tiene carácter suplementario, ya que tiene aplicación únicamente en caso de que no existan las actas de nacimiento y matrimonio de los padres, ya que incluso si existe el acta de nacimiento y se contradice con la posesión de estado, impera el acta de nacimiento, es decir, la posesión de estado jamás prueba en contra del acta de nacimiento que indique lo contrario, mientras no se impugne el acta de nacimiento de falsa.

Por otro lado, la posesión de estado de hijo de matrimonio, es aplicable para acreditar tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial, sin embargo, los requisitos exigidos en la filiación matrimonial son mayores y deben ser en relación con ambos progenitores, mientras que en la filiación extramatrimonial solo se hace referencia a alguno de ellos, principalmente en relación al padre.

Mazeaud define a la posesión de estado de hijo de matrimonio como “una reunión suficiente de hechos que indica la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer.”¹⁴²

La posesión de estado de hijo de matrimonio, se acredita con el reconocimiento constante que como hijo de matrimonio se haga por la familia del marido y en la sociedad.

¹⁴² Cit. Por. Ibidem. Pág. 76.

Es lo que la doctrina llama "*fama*". Pero además deben concurrir cualquiera de las siguientes circunstancias:

a).- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con autorización de éste; es el elemento llamado "*nomen*" nombre.

c).- Que el padre haya tratado al hijo como nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; lo que se nombra el "*tractus*" trato.

d).- Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo. Este es un elemento introducido recientemente a la legislación civil, sin embargo, ha sido severamente criticado por la doctrina, ya que se considera que la edad es un aspecto meramente biológico, sin que la diferencia de años implique necesariamente que una persona no pueda descender de otra.

Cicu opina que debiera exigirse para la prueba de la posesión de estado de hijo de matrimonio, todos los elementos constitutivos de estas, es decir, el nombre, el trato y sobre todo la fama, ya que es la única forma de asegurar que la filiación no sea un estado artificial creado por los padres.¹⁴³

La posesión de estado de hijo de matrimonio hace prueba por si misma, sin necesidad de declaración judicial, para el hijo tiene el carácter de título de filiación, y le hace acreedor a todos los derechos y deberes que este estado le impone. Además de que la posesión es una prueba completa, ya que prueba al mismo tiempo, tanto el parto como la identidad del hijo.

La posesión de estado de hijo de matrimonio, reconocida o no judicialmente sólo puede perderse por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las leyes en juicios de mayor interés. (Art. 352 del Código Civil)

¹⁴³ Ob. Cit. Págs. 32-33.

Las pruebas judiciales para probar la filiación matrimonial, serán analizadas al momento de hablar de la acción de reclamación de la posesión de estado de hijo legítimo.

e).- Acciones de filiación matrimonial

Las acciones de filiación, sostiene Puig Bretau, pertenecen al grupo de acciones sobre el estado civil de las personas, que se dirigen a obtener la declaración de que corresponde cierto estado (de ciudadano, de hijo, de cónyuge) a un sujeto determinado. Acciones de filiación son las que tienen por objeto reclamar o impugnar un estado de filiación matrimonial o no matrimonial.¹⁴⁴

Las acciones de filiación tienen las siguientes características: Son *declarativas*, ya que el ejercicio de las mismas no constituye la filiación, sino que declaran un hecho que las precede y que consiste en la existencia o en su caso inexistencia del nexo biológico entre padres e hijos; son *imprescriptibles*, en virtud de que es una acción de estado civil, sin embargo, esto no impide que estén sujetas a términos de caducidad, con la finalidad de dar estabilidad a las situaciones de status de familia; así mismo, tienen efecto *erga omnes*, ya que las consecuencias de las acciones perjudican aún a lo que no litigaron; son *irrenunciables e inalienables*; sin embargo los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida puedan deducirse, son susceptibles de transacción o arbitramento y se encuentran sujetos a las reglas comunes para la prescripción. (Arts. 339 y 346 del Código Civil)

Genéricamente las acciones de filiación -tanto matrimonial como extramatrimonial- se dividen en dos grandes grupos, por un lado se encuentran las acciones de impugnación o desplazamiento, cuya finalidad es eliminar el título de estado de hijo y sus correlativos de

¹⁴⁴ Ob. Cit. Pág. 206.

padre o madre, desplazando a las personas que detentan un estado que no es el suyo, es decir, se ataca el hecho del parto, la maternidad, la identidad o la paternidad.

Por otro lado se encuentran las acciones de reclamación o emplazamiento, cuya finalidad es obtener el título de estado de hijo y el correlativo de padre o madre, por quien de hecho no lo ostenta, emplazándolo en el estado correspondiente, al respecto Cicu considera que se trata de una acción de mera comprobación, ya que tiende a fijar un estado legalmente existente.

Específicamente las acciones de impugnación derivadas de la filiación matrimonial, son las de desconocimiento y contradicción de la paternidad que tiene a su favor el padre en contra del hijo. Chávez Asencio sostiene que aún cuando no se encuentre específicamente regulada en el Código Civil, la madre puede ejercitar una acción innominada de impugnación de maternidad legítima, para desplazar al hijo de matrimonio de su actual status, por no corresponder a la realidad biológica.¹⁴⁵

Dentro de las acciones de emplazamiento se encuentra únicamente la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, que tiene a su favor el hijo en contra de los pretendidos padres.

Es importante destacar que con el ejercicio de estas acciones de filiación, no se en controversia la existencia o validez del matrimonio de los padres, sino únicamente la filiación del hijo, para considerarlo o no nacido dentro del matrimonio de los supuestos padres.

Las acciones derivadas de la filiación matrimonial presuponen, tanto la existencia de un título de filiación legítima oponible al marido, como el nacimiento y viabilidad del hijo, y para los efectos legales, solo se reputa nacido al feto que desprendido enteramente del

¹⁴⁵ Ob. Cit. Pág. 90.

seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre paternidad.

e.1).- Contradicción de la paternidad

Esta acción procede contra la presunción de paternidad que tienen a su favor los hijos nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo por nulidad, divorcio o muerte del marido.

Esta acción es llamada por la doctrina francesa representada por Planiol y Ripert como "desconocimiento por prueba en contrario", la doctrina italiana presidida por Antonio Cicu y Trabucchi la denominan "impugnatoria de paternidad", mientras que los argentinos Bossert y Zannoni la nombran "acción de desconocimiento riguroso", en virtud de que para el ejercicio de la misma, el marido de la madre debe acreditar los extremos de la misma, es decir, la carga de la prueba en contra de la presunción la asume el padre. La razón es sencilla, ya que, como lo expresa Planiol "la concepción del hijo se efectuó durante el matrimonio, en un momento en que nada dispensaba a los esposos su deber de cohabitación; la presunción de paternidad del marido tiene toda su fuerza, la cual es muy grande. ... En consecuencia, esta presunción sólo puede destruirse mediante una prueba cierta de la no paternidad."¹⁴⁶ Por su parte Cicu afirma que "la ley admite que la paternidad del marido solamente puede ser excluida cuando resulten probadas ciertas circunstancias aptas según la ley para excluirlas."¹⁴⁷

Establece el artículo 325 del Código Civil: "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."

¹⁴⁶ "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 132.

¹⁴⁷ Ob. Cit. Pág. 120.

En ese sentido, solo en la anterior hipótesis el marido puede intentar contradecir la paternidad. Esta acción encuentra su fundamento en el hecho cierto que durante la época legal de concepción del hijo -ciento veinte días de los trescientos que preceden al embarazo-, el marido no pudo engendrar al hijo de su mujer dada su imposibilidad física; que pudo ser originada en la falta de cohabitación entre los cónyuges o en la impotencia del marido, sobrevenida a la celebración del matrimonio, lo que la doctrina llama la "impotencia accidental".

Por su parte el artículo 326 del Código Civil, determina que: "El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la mujer, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa."

En este supuesto no basta la confesión -judicial o extrajudicial- de la esposa en el sentido de que el hijo no es de su marido, ya que esta confesión puede estar basada en ideas ofensivas o vengativas de la mujer para causarle deshonor a su marido. Por esta razón la ley exige que además de que se acredite el adulterio, debe darse la ocultación del nacimiento, ya que, "cuando la mujer trata de ocultar su estado al marido, cuando toma medidas para que éste ignore el nacimiento de su hijo, por sí misma confiesa que su esposo no es el autor del embarazo"¹⁴⁸, en consecuencia, la ocultación del nacimiento por parte de la esposa equivale a la confesión tácita del adulterio, y no a un momento de ofuscación. La doctrina equipara la ocultación del embarazo a la del nacimiento.

Respecto de estos dos últimos preceptos legales cabe comentar que aquello de "no se admite otra prueba" (Art. 325) y "no podrá desconocer a los hijos... a no ser que" (Art. 326), es sumamente limitado, es decir, "las limitantes que resultan para el infortunado supuesto progenitor, que aún conociendo de cierto que los 'hijos' que se le atribuyen no son

¹⁴⁸ Planiol, Marcel y Georges Ripert. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 135.

suyos (la esposa incluso podría haber confesado el adulterio), está impedido de destruir la presunción porque la ley le restringe, hasta el estrangulamiento, los medios de prueba."¹⁴⁹

En este sentido considero que, aprovechando los avances que se han dado en materia de pruebas genéticas, algunas de las cuales resultan ser infalibles, debiéramos inclinarnos por una modificación en los textos legales, para un sistema abierto de impugnación de la filiación, basado en la admisión de varios tipo de pruebas -principalmente las biológicas- para impugnar las presunciones de paternidad o desplazar el vínculo filial formalmente establecido.

Sin embargo, para poder aceptar la viabilidad de las pruebas biológicas, es menester conocer en que consisten y como operan estos instrumentos científicos, y así valorar la importancia que reviste en la determinación de la filiación.

Soto Lamadrid, reseña que "las primeras pruebas biológicas relativas a la filiación, se iniciaron con la identificación de los caracteres antropomórficos del padre y el hijo supuestos, y de los síntomas patológico-hereditarios que pudieran apoyar o debilitar la presunción o acción de emplazamiento.

La prueba negativa de los grupos sanguíneos, por su parte, descansa en el descubrimiento de ciertos antígenos contenidos en los hematíes de la sangre, los que permanecen inalterados durante la vida del sujeto y que siguen las leyes de la herencia, por lo que si se encuentran en el hijo, deberán hallarse también en uno y otro de los padres."¹⁵⁰

Sin embargo, la prueba que ha venido a revolucionar este campo, es la denominada prueba de compatibilidad inmunogenética, en donde, "los índices combinados (probabilidad

¹⁴⁹ Barroso Figueroa, José. "*Maternidad, Paternidad y Genética*". Estudios Jurídicos que en homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Coedición. Edit. Filiberto Cárdenas Uribe/ Cardenas Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la UNAM. México 1996. Pág. 33.

¹⁵⁰ Ob. Cit. Pág. 63

acumulada) de exclusión e inclusión presentan una certeza aún mayor que si el progenitor dejara las huellas digitales sobre el niño."¹⁵¹

Para la realización de esta prueba se requiere únicamente de una extracción de sangre -es necesario que el paciente no haya recibido transfusiones sanguíneas por lo menos quince días antes de la prueba-, la cual, mediante pruebas de laboratorio especializadas, utilizando los reactivos adecuados se puede llegar "a un diagnóstico de asignación de filiación con una certeza de aproximadamente 100%. La extracción efectuada siguiendo las reglas normales de asepsia en breves segundos termina con las tribulaciones, angustias, inseguridades y deterioro anímico que significan a veces años de recolección de pruebas, testimonios, fotografías, comprobaciones sociales, etcétera."¹⁵²

La prueba en comento parte de la composición cromosómica de las células del cuerpo humano, de donde se desprende que, cualquier factor genético o inmunológico que se encuentre en el hijo o presunto hijo, necesariamente deberá estar presente en el padre o en la madre, ya que, el código genético de una persona se forma a partir de la información que a través de los cromosomas recibe el individuo al momento de la concepción, y la cual es proporcionalmente aportada el cincuenta por ciento de la madre y cincuenta por ciento del padre, de tal manera que al estudiar las factores genéticos e inmunológicos del hijo, se van comparando con los del padre y madre, de modo que todo el material genético del hijo que no esté presente en uno de los padres, necesariamente debe provenir del otro progenitor, por lo que sirven de manera excluyente en caso de no estar presentes.

Esta prueba se compone de cuatro partes fundamentales. 1. Determinación de los grupos sanguíneos; 2. Determinación de los antígenos humanos; 3. Determinación de las proteínas del suero sanguíneo; y 4. Determinación de los alelos de las enzimas. La nota diferencial de esta prueba biológica con otras de su misma especie, es que en este caso, se

¹⁵¹ Veruno, Luis y Emilio J. C. Haas. "Manual para la Investigación de la Filiación". Edit. Abeledo-Perrot. Buenos, Aires. Argentina. 1985. Pág. 40.

¹⁵² Ibidem. Pág. 13

busca una combinación de características fenotípicas de varias decenas de factores, y no sólo de uno (como ocurre con la prueba hematológica), es por ello que la fijación de la relación parental, adquiere una seguridad infalible.¹⁵³

En consecuencia, considero que ya es tiempo de que sean aprovechados estos adelantos científicos en beneficio del hombre, dejándo atrás la viejas fórmulas de determinación de la filiación basadas en presunciones legales, ya que, como bien los expresa, Barroso Figueroa, éstas son poco menos que insalvables y evidentemente injustas para el marido, que, sabiendo que no es el padre, debe asumir dicha paternidad que la ley de impone.¹⁵⁴

e.2).- Desconocimiento de la paternidad

Esta acción procede: 1) Cuando el hijo nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, siempre y cuando no concurra ninguna de las causas de improcedencia establecidas por el artículo 328 del Código Civil; 2) Cuando el hijo nazca después de trescientos días siguientes a la separación judicial y de hecho de los padres por virtud de mandato judicial; y 3) Cuando el hijo nazca después de trescientos días de disuelto el matrimonio.

Esta acción es denominada por Planiol y Ripert como “desconocimiento por denegación o simple declaración” y por Bossert y Zannoni como “desconocimiento simple”, en virtud de que para la procedencia de esta acción, basta la sola negación del marido, es decir, la carga de la prueba es para la madre y el hijo, quienes deberán acreditar que la filiación del hijo es matrimonial.

En este caso, Planiol afirma que “la concepción del hijo se coloca en un momento en

¹⁵³ Ibidem. Págs. 16-17

¹⁵⁴ Barroso Figueroa, José. Ob. Cit. Pág. 40.

que la cohabitación no era un deber para los esposos, ya sea por haberse realizado la concepción antes del matrimonio, o durante éste en un momento en que los esposos vivían regularmente separados, es mucho más débil la fuerza de la presunción de la paternidad del marido. Le hace falta su fundamento ordinario; la cohabitación de los esposos. Sin embargo, la ley la mantiene, en principio; pero es muy frágil puesto que se destruye mediante una simple negativa del marido. ... salvo el derecho de sus adversarios para oponerle ciertas causas de improcedencia previstas y determinadas por la ley."¹⁵⁵

En el caso del hijo *nacido dentro de los ciento ochenta días, posteriores a la celebración del matrimonio*, tomando en cuenta el período legal de gestación, se concluye que el hijo se concibió antes de la celebración del matrimonio, por lo tanto, no se aplica la presunción de paternidad, sin embargo, se legitiman por ministerio de ley, si no se ejercita por el marido la acción de desconocimiento de paternidad. En efecto, la ley otorga al marido la posibilidad de desconocer la paternidad, con la simple negación y la sola demostración de la fechas de matrimonio y nacimiento. En cambio, quiénes afirmen la existencia de alguno de los hechos impositivos para que el ejercicio de la acción prospere, son los que tienen la carga de la prueba, es decir, será la madre y el hijo los que deberán acreditar el encuentro sexual anterior al matrimonio.

El marido no podrá desconocer a un hijo: a).- *Si se prueba que supo antes del casamiento del embarazo de su futura esposa.*- En este supuesto la ley exige que exista un principio de prueba por escrito, lo cual es muy estricto, ya que como lo afirma Sara Montero "no es muy razonable que el prometido anduviera publicando por escrito que su novia estaba encinta"¹⁵⁶; b).- *Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar.*- La doctrina opina que en este caso el marido al concurrir al levantamiento del acta y firmar la misma o declarar que no sabe firmar, está reconociendo como suyo al hijo nacido; c).- *Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer.*- En este caso la ley excluye el reconocimiento

¹⁵⁵ Planiol, Marcel y Georges Ripert. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 132.

¹⁵⁶ Ob. Cit. Pág. 271.

tácito, y determina que el reconocimiento deberá ser expreso; y d).- *si el hijo no nació capaz de vivir.*- La vida y viabilidad del hijo son requisitos indispensables para la procedencia de cualquier acción de filiación, ya que sería ocioso promover un juicio desconociendo la paternidad de un hijo que no nació viable.

Por lo que se refiere a *los hijos nacidos después de trescientos días siguientes a la separación de hecho y por orden judicial de los padres*, son considerados hijos de matrimonio, en virtud de que, técnicamente mientras no cause ejecutoria la sentencia que disuelva el vínculo matrimonial, el matrimonio existe, y por lo tanto, existe también la posibilidad de una reconciliación de los consortes e incluso de un eventual encuentro sexual, que pudo haber originado el nacimiento del hijo, en consecuencia, si el marido no ejercita la acción de desconocimiento, legítima la filiación del hijo, sin embargo, en caso de que el marido desconozca al hijo como suyo, bastará su negativa para que esta acción prospere, recayendo la carga de la prueba en la madre, el hijo o el tutor de éste.

Los hijos nacidos después de trescientos días, contados desde la disolución del matrimonio, no se presumen hijos del marido. En este caso el artículo 329 del Código Civil, dispone que la acción de desconocimiento puede promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Las acciones de contradicción y desconocimiento de la paternidad pueden ser ejercitadas únicamente por el marido mientras este vivo, sin que baste el dicho de la madre para excluir su paternidad, se justifica este monopolio de la acción, en el hecho de que sólo el marido puede ser juez de su propia paternidad, sin embargo, existen otras personas que pueden ejercer este derecho, ya sea por incapacidad del marido, o por transmisión hereditaria, pero nunca por su propio derecho.

Tanto en la contradicción como en el desconocimiento de la paternidad matrimonial, la acción podrá ejercitarse por el padre dentro del plazo de sesenta días, contados desde el

nacimiento, si ésta presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento. (Art. 330 del Código Civil)

En caso de que el marido se encuentre en estado de interdicción, el ejercicio de la acción corresponde a su tutor, pero si éste no ejercitare la acción, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la incapacidad, dentro del plazo de sesenta días, que se contarán desde el día en que legalmente se declare haber cesado su estado de interdicción. Igualmente los herederos del marido, pueden ejercitar las acciones de desconocimiento y contradicción de la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre, cuando éste teniendo o no tutor, haya muerto sin recobrar la razón. (Arts. 331 y 332 del Código Civil)

En caso de que el marido haya muerto siendo capaz, pero sin hacer la reclamación dentro de los sesenta días, los herederos podrán ejercitar las acciones de desconocimiento y contradicción, dentro del término de sesenta días, contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia, excepto, en el caso de los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, en cuyo caso será indispensable que el marido haya comenzado el ejercicio de la acción. (Art. 333 del Código Civil)

Las acciones de desplazamiento de la filiación matrimonial, únicamente pueden resultar de una sentencia, es decir, el desconocimiento de un hijo por parte del marido o sus herederos, deberá hacerse por medio de una demanda ante el juez competente, el hecho en cualquier otra forma será nulo. Estas acciones deberán entablarse en contra del hijo, a quien en caso de minoría de edad, se proveerá de tutor interino, oyendo a la madre.

e.3).- Reclamación de estado

La acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio es aquélla que se otorga a los hijos y a otros interesados, para demostrar su filiación matrimonial, por no existir

ninguna o por ser inexacta la existente, en cuyo caso, será necesario impugnar la filiación contradictoria.

Siguiendo el criterio de Rojina Villegas, esta acción procede: a) Cuando falte al hijo sus actas del registro civil que lo acrediten como hijo de matrimonio y que además no cuente con la posesión de estado; b) Cuando falte el acta de nacimiento pero se tenga la posesión de estado de hijo de matrimonio; c) Cuando se tenga el acta de nacimiento, pero no la posesión de estado de hijo de matrimonio; y por último; d) Cuando exista contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado de hijo de matrimonio.¹⁵⁷

En el primer caso, cuando el hijo no tenga el acta de nacimiento o en su defecto la posesión de estado de hijo de matrimonio, dispone la ley que podrá demostrar su filiación matrimonial, por todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no existe un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se sean bastante graves para considerar su admisión.

El Código Civil, exige un principio de prueba por escrito para la admisión de la prueba testimonial, en virtud de que esta es una evidencia susceptible de armarse artificialmente, por lo que, para que esta prueba pueda admitirse un principio de prueba por escrito que puede ser la fe de bautismo, una carta privada entre los padres, documentos escolares, pagos de colegiaturas, entre otros. Por otro lado, dentro de los indicios o presunciones graves, podría considerarse una posesión de estado imperfecta, es decir que no reúna todos los requisitos exigidos por la ley, o bien, pueden ser objetos o vestidos hallados en el hijo, la semejanza en rasgos físicos entre los supuestos padres y el hijo. Sin embargo es importante aclarar que el principio de prueba escrita y los indicios o presunciones graves, no constituyen procesalmente pruebas de la filiación, sino el requisito indispensable para la admisión de la prueba testimonial.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Ob. Cit. Pág. 482.

¹⁵⁸ Cicu, Antonio. Ob. Cit. Págs. 90-91.

Cuando el hijo carezca del acta de nacimiento, si tiene la posesión de estado, esta constituye un título que acredita su filiación, ya que aún cuando es una prueba subsidiaria, sirve para acreditar la filiación matrimonial, junto con el acta de matrimonio de los padres. En ese sentido, en caso de que un tercero le dispute su calidad de hijo de matrimonio, tendrá que ejercitar la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, a fin de que se le reconozca formalmente su filiación.

En caso de que el hijo tenga sólo el acta de nacimiento, pero no la posesión de estado de hijo de matrimonio, podrá el hijo reclamar la posesión de estado, a fin de que coincida con el acta de nacimiento o bien, en caso de suposición de parto o substitución de infante, deberá impugnar la falsedad del acta, y reclamar su posesión de estado de hijo de matrimonio de los verdaderos padres.

En el supuesto de que exista contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado de hijo de matrimonio, prevalece la filiación establecida en el acta de nacimiento, pero si esta no coincide con la realidad biológica, el hijo tendrá la facultad de reclamar su verdadera filiación, siempre que desconozca la situación que resulte falsa, precisamente por medio del ejercicio de la acciones de reclamación de estado.

La posesión de estado de hijo de matrimonio, no puede perderse sino por medio de sentencia ejecutoriada, es decir, deberá entablarse un juicio, el cual admitirá los recursos que den la leyes en los juicios de mayor interés. En caso de que la persona que esta en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojada de ellos o perturbada en su ejercicio sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar las acciones que establecen las leyes para que se les ampare o restituya en la posesión.

La acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio compete principalmente al hijo y sus descendientes, para quienes es imprescriptible. Sin embargo, los demás herederos del hijo podrán ejercitarla, en caso de que el hijo haya muerto antes de cumplir veintidós años o haya caído en demencia antes de cumplir los veintidós años y muerto

después en el mismo estado, en este caso la acción prescribe en cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo. (Arts. 347 y 348 del Código Civil)

Por otro lado, en caso de que el hijo antes de fallecido haya iniciado el ejercicio de la acción de reclamación, los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ella o nada hubiere promovido judicialmente durante un año, contado desde la última diligencia. También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio. (Art. 349 del Código Civil)

El Código Civil también concede la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, a los acreedores, legatarios o donatarios; en caso de que el hijo no haya dejando bienes suficientes para pagarles. Estas personas gozan de los mismos derechos para ejercitar la acción al igual que los herederos.

Las acciones de los herederos que no sean descendientes directos, para continuar la acción iniciada por el hijo fallecido, así como las que competan a los acreedores, legatarios y donatarios, prescribe en cuatro años, contados desde la fecha de fallecimiento del hijo.

Esta acción debe dirigirse en contra de ambos progenitores y no solo al padre, ya que, si bien es cierto que con esta acción se debe probar básicamente la maternidad, es decir, la prueba del parto y la identidad del supuesto hijo, a fin de que ésta sea oponible al marido de la madre por medio de las presunciones legales de paternidad, también lo es que, con el ejercicio de la acción no se busca fijar una filiación unilateral, sino un título de hijo de matrimonio, ya que, la sentencia que en su caso se dicte en el juicio respectivo generará la relación jurídica paterno filial entre los que litigaron, independientemente de que sus efectos sean *erga omnes*, en consecuencia, debe demandarse conjuntamente a los padres, en quiénes se establece un litisconsorcio pasivo necesario.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Cft. Belluscio, Cesar Augusto. "Manual de Derecho de Familia" Tomo II. Quinta Edición. 4ª reimpresión. Edit. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1993. Pág. 217.

B).- Filiación extramatrimonial

a).- Concepto

La filiación extramatrimonial es aquélla que corresponde a los hijos, cuyos padres al momento de su nacimiento no se encuentren unidos en matrimonio. Por su parte Mazeaud define a esta clase de filiación, como "el lazo que une al hijo nacido de las relaciones de personas que no están unidas por matrimonio, bien sea con su madre (filiación natural materna) bien sea con su padre (filiación natural paterna)."¹⁶⁰

La filiación extramatrimonial a diferencia de la matrimonial, es divisible, es decir, puede establecerse independientemente por vía materna, paterna o por ambas, ya que la relación jurídica entre los progenitores y el hijo no surge por una presunción legal, sino por el reconocimiento voluntario realizado por los padres, o por sentencia judicial que atribuya la filiación.

La filiación extramatrimonial corresponde tanto a los hijos de padres que nunca se casaron como a los hijos de padres casados cuyo nacimiento se verificó fuera de los plazos establecidos por la ley para atribuir la filiación matrimonial.

b).- Antecedentes históricos

Históricamente la filiación legítima se encuentra unida a la figura del matrimonio, a partir de su consolidación como la forma lícita y moral de fundar una familia por medio de la unión sexual monogámica, comenzó así la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, tomando estas figuras jurídicas, diversos matices a lo largo de su evolución histórica, y así Gacto Fernández expresa que "la consideración jurídica y social que en cada momento

¹⁶⁰ Cit. Por. Ibarrola, Antonio de. Ob. Cit. Pág. 422.

concreto de la historia, ha merecido el hijo natural está en función del concepto contemporáneo vigente en torno a la unión de la que procede."¹⁶¹

Desde los pueblos babilonios e hindúes, se colocó a los llamados hijos ilegítimos¹⁶² en una situación de inferioridad. En la antigua civilización griega, se trataba a los hijos ilegítimos con más rigor, colcándolos al margen de la vida familiar y negándoles cualquier tipo de prerrogativa.

Por su parte, en el antiguo derecho romano, no reviste mucha importancia la clasificación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en virtud de que el parentesco agnaticio era el único que daba origen a la familia, por lo que resultaba intrascendente el estado civil de los progenitores al momento de la concepción.

Para la época de Justiniano, el parentesco cognaticio, tuvo una mayor importancia, y aparecieron las clasificaciones de los hijos, existiendo pues, "*los liberi naturali*, hijos de la concubina; los *liberi spurii*, hijos de mujer de baja condición o de vida deshonestas; los *liberi adulterini* y los *liberi incestuosi*, nacidos de una unión prohibida por razón de ligamen o parentesco."¹⁶³ De todos ellos, únicamente los hijos naturales eran considerados parientes del padre y de la madre y podían ser legitimados, tenían además derecho a la herencia de sus padres, aunque en una porción menor que los hijos legítimos. En cuanto a los demás hijos, se les negaba cualquier derecho, incluso el de pedir alimentos.

El derecho germánico, se distinguió por la forma tan severa en que eran tratados los hijos ilegítimos por sus leyes, sin embargo, esta dureza fue disminuyendo con la aparición del cristianismo que pugnó por una igualdad de todos los hijos, pero sin desprestigiar el valor

¹⁶¹ Cit. Por. Galindo Garfías, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 635.

¹⁶² Calixto Valverde sostiene que el calificativo de hijos ilegítimos es totalmente impropio, en virtud de que el hijo no tiene intervención ni en la generación ni en el nacimiento, por lo que, en consecuencia el no es culpable ni ha violado la ley, sino sus padres que son los verdaderos responsables, por lo que en todo caso habrá padres ilegítimos pero no hijos. Cit. Por. Montero Duhalt. Ob. Cit. Pág. 284.

¹⁶³ Méndez Costa, María Josefa. "*La Filiación*". Edit. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores. República Argentina. 1986. Pág. 15.

del matrimonio, como la única forma lícita de consolidar la familia. No obstante la situación de inferioridad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, se conservó durante toda la Edad Media.

En el antiguo derecho español, Alfonso el Sabio en las Siete Partidas conservó la división de hijos legítimos e ilegítimos, distinguiendo dentro de estos últimos la categorías de naturales y espurios o fornecinos, negando el derecho a recibir alimentos y a heredar de su padre, a los últimos.¹⁶⁴ Posteriormente la Ley 11 de Toro, que pasó a la Nueva y a la Novísima Recopilación, comprendió dentro de la categoría de los hijos naturales, a todos aquéllos cuyos padres en la época de concepción no se encontraban impedidos para casarse, siempre que el padre los reconociera. Estos hijos, en caso de ser reconocidos por el padre tenían derecho a alimentos y podían ser legitimados.

Fue hasta la Revolución Francesa en que imperaron las ideas de igualdad entre todos los hombres, y por decreto del 12 Brumario del Año II, por primera vez se equiparan los derechos hereditarios de los hijos legítimos con los de los naturales, excluyéndose a los incestuosos y adulterinos, sin embargo el Código de Napoleón de 1804 restableció las desigualdades pero con menos severidad.¹⁶⁵

Desde esta época comenzó la corriente de opinión que consideró injusta la distinción de los hijos por su origen. Paralelamente a este corriente, existió el grupo de doctrinarios que en favor de la consolidación de la figura jurídica del matrimonio como la única fuente

¹⁶⁴ Castán Tobeñas, José. Ob. Cit. Pág. 15. Los hijos ilegítimos comprendían dos clases, los denominados hijos naturales y los espurios. *Hijos Naturales*.- Eran los hijos concebidos por padres que no se encontraban legalmente unidos en matrimonio, pero que no existía ningún impedimento legal para hacerlo. *Hijos Espurios*.- Eran los hijos nacidos de uniones que por diversos obstáculos no podían tener una consagración legal. Dentro de este rubro se encontraban : *Hijos Adulterinos*.- Eran aquéllos que provenían de una madre unida en matrimonio con otro hombre que no era el padre o viceversa. *Hijos Incestuosos*.- Eran aquéllos que provenían de parientes en grados y líneas que la ley prohibía el matrimonio. *Hijos Sacrilegos*.- Eran aquéllos que provenían de un padre o madre ligados por voto solemne de castidad a una orden religiosa. *Hijos Manceros*.- Eran aquéllos que provenían de una madre prostituta con vida deshonestas, estos hijos aparte de una discriminación jurídica sufrían una discriminación social, ya que, se les relegaba a los últimos estratos de la sociedad. Vid. Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Págs. 452-453. Azpíri, Jorge Osvaldo. Ob. Cit. Pág. 363.

¹⁶⁵ Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Cit. Por. Ibarrola Antonio, de. Ob. Cit. Pág. 17.

de la familia, pugnaron y aún actualmente pugnan por la conservación de las desigualdades de los hijos, como medio para alentar a la vida matrimonial y de paso resolver problemas de sobrepoblación.¹⁶⁶

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, como lo afirma Zanonni, en los últimos años, las figuras de la familia, el matrimonio y en general las relaciones paterno filiales han tenido cambios substanciales en su estructura, por lo que, de un sistema socioeconómico basado en la propiedad de la tierra y en la autoridad casi absoluta del padre, se pasó a un sistema industrial y una igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer, en un plano de coparticipación y comunidad doméstica, pero sin perder el espíritu humanista de fundar la familia en el matrimonio. En consecuencia se hace necesaria la equiparación de hijos de legítimos con ilegítimos, en virtud de que ya no tiene razón de ser hacer tan injusta discriminación.¹⁶⁷

Afortunadamente, el derecho moderno contemporáneo ha adoptado criterios de igualdad de derechos entre los hijos legítimos e ilegítimos, eliminándose casi por completo las odiosas segregaciones.

En México, en la época precortesiana la poligamia era lícita y muy frecuente, por lo que en el sistema familiar que prevalecía en aquél tiempo, no existía ninguna distinción entre los hijos legítimos y los ilegítimos. Posteriormente en el periodo de la Colonia e inicio de la vida independiente imperó el criterio conservador de distinguir a los hijos extramatrimoniales de los matrimoniales, aplicándose la Ley de las Siete Partidas.¹⁶⁸

En los códigos civiles del 1870 y 1884, siguiendo la tradición europea, se conservó la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos, distinguiendo de estos últimos a los naturales y espurios. Sin embargo, los hijos ilegítimos reconocidos tenían derecho a llevar

¹⁶⁶ Ibidem. Págs. 380-381.

¹⁶⁷ "Derecho Civil. Derecho de Familia". Tomo 1. Ob. Cit. Págs. 287-293.

¹⁶⁸ Chávez Ascencio, Manuel. Ob. Cit. Págs. 127-128.

los apellidos de sus padres, a ser alimentados por estos y a recibir porción hereditaria, en notoria inferioridad los hijos espurios respecto de los naturales, y ambos respecto a los legítimos.

En la Ley de Relaciones Familiares de 1917, se suprimen las subdivisiones de los hijos ilegítimos, por un principio de justicia y con la finalidad de no desprestigiar a los hijos, que no eran responsables del estado civil que tenían sus padres al momento de la concepción, sin embargo, aún cuando la ley se vio indulgente en ese sentido, por otro lado fue completamente injusta, ya que, limitó los derechos de los hijos naturales, y únicamente les concedió la facultad de llevar el apellido de su progenitor, eliminando el derecho a la sucesión legítima y a los alimentos.

Finalmente en el Código Civil de 1928, en su exposición de motivos se señaló: "Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual, ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho a saber quiénes los trajeron a la vida, y pedir de los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo y de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución."¹⁶⁹

En consecuencia, en dicho Código, se eliminó completamente la división de hijos así como la forma de nombrarlos, y así se distinguió a los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, solo para efectos de la determinación y prueba de la filiación, igualando en todo los derechos y las obligaciones emanados de la filiación.

¹⁶⁹ García Tellez, Ignacio. *Motivos, Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*. Edit. Porrúa, S.A. México. 1965. Pág. 47.

Al respecto Rojina Villegas opina que el Código Civil vigente otorga “tanto a la filiación legítima como a la natural, todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, es decir, de esta situación permanente del hijo, no solo en relación con el padre o con la madre, sino también con la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenezca su progenitor.”¹⁷⁰

c).- Determinación de la maternidad y paternidad

La maternidad extramatrimonial, se determina por el hecho biológico del parto y la identidad del hijo, y excepcionalmente, por sentencia judicial que declare la maternidad, como resultado de un juicio de investigación.

Para determinar la paternidad, los problemas se multiplican, en virtud de que, a diferencia de lo que ocurre en la filiación matrimonial, en este caso no existe ningún elemento objetivo que permita atribuir por medio de presunciones, el hijo a un hombre determinado, por lo que es necesario que exista un acto de emplazamiento expreso en este estado.

El Código Civil establece que la filiación paterna extramatrimonial puede determinarse: a) Por el reconocimiento voluntario que haga el padre; b) Por sentencia judicial que declare la paternidad; o c) En caso de concubinato de los padres, por las presunciones de paternidad establecidas en la ley.

c.1).- El reconocimiento

a').- Concepto

¹⁷⁰ Ob. Cit. Pág. 457.

El vínculo biológico entre progenitores y procreados es el presupuesto indispensable para que se lleve a cabo el reconocimiento, o al menos debe serlo, ya que en caso contrario, la ley otorga acciones de impugnación o contradicción, a efecto de que la verdad biológica coincida con la verdad jurídica.

Rojina Villegas define al reconocimiento voluntario como “el acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne e irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquél que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligación que atribuye la filiación.”¹⁷¹

b).- Naturaleza jurídica

La doctrina se ha dividido en numerosas corrientes, para tratar de explicar la naturaleza jurídica del reconocimiento, las más significativas han sido las siguientes:

a.- *Reconocimiento Confesión.*- Esta teoría ha sido sustentada por Planiol principalmente y sostiene que el reconocimiento es un medio de prueba, una confesión del carácter de padre o madre extramatrimonial, y en ese sentido afirma que “el reconocimiento de un hijo natural es un acto eminentemente personal; una filiación que solo puede emanar del padre respecto de la filiación paterna; y de la madre por lo que hace a la materna, o del mandatario de éstos.”¹⁷² En conclusión el reconocimiento es la confesión de la filiación natural existente.

Esta teoría ha sido desvirtuada en primer lugar por que la confesión como medio de prueba, solo tiene valor en perjuicio del confesante, no así el reconocimiento que tiene efectos *erga omnes*; en segundo lugar la confesión como prueba solo puede ser judicial

¹⁷¹ Ibidem. Pág. 435.

¹⁷² Planiol, Marcel y Georges Ripert. “*Tratado Elemental de Derecho Civil*”. Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 154.

directa y expresa, y el reconocimiento, según el Código Civil vigente tiene diversas formas de realizarse.

b.- Reconocimiento Admisión.- Esta teoría sostiene que el reconocimiento es un acto por medio del cual el padre o la madre quiere admitir y admite al hijo como suyo y le otorga el beneficio de los derechos inherentes a la filiación. En este caso el reconocimiento no es un simple medio de prueba, sino un verdadero acto jurídico, "por cuanto que hay en su autor la intención de crear efectos de derecho al afirmar que ha engendrado al hijo, al transformar la posible relación simplemente biológica, en una relación jurídica cierta, y en un estado jurídico que va a originar múltiples consecuencias de derecho."¹⁷³

Esta teoría ha sido objetada, en virtud de que el reconocimiento es impugnabile, por lo tanto no basta la voluntad de quien reconoce para atribuir el estado jurídico, ni para atribuirse el carácter de padre o madre con los derechos y obligaciones consiguientes.

c.- Reconocimiento Confesión - Admisión.- Frente a las anteriores tesis, Ambrosio Colín crea una teoría que pretende ser una mezcla de las dos anteriores. Según Colín el reconocimiento tiene una doble naturaleza, es por un lado una confesión, porque es un medio de prueba y como consecuencia irrevocable, y por otro lado es una admisión, por que es un acto de voluntad por medio del cual el padre admite al hijo como suyo, y como acto de voluntad tiene el carácter erga omnes y esta sujeto a la teoría de las nulidades.¹⁷⁴

d.- Reconocimiento como Acto de Poder Familiar.- Esta tesis sostenida por Antonio Cicu postula que el reconocimiento no es un simple medio de prueba, en virtud de que sus efectos son producidos independientemente del juicio, pero tampoco es un acto jurídico, en virtud de que la filiación de las personas no es susceptible de transacción entre las partes, en consecuencia el reconocimiento se considera como un acto de poder familiar, ejercido

¹⁷³ Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 507.

¹⁷⁴ Belluscio, Cesar Augusto. Ob. Cit. Pág. 232.

por el padre o la madre, quiénes son los órganos de familia capacitados para exteriorizar su voluntad y crear el estado legal del hijo.¹⁷⁵

e.- Reconocimiento como acto próximo al negocio jurídico.- Este teoría es sostenida por Albaladejo García y Puig Brutau, quiénes afirman que, el reconocimiento no es un negocio jurídico, la declaración de la voluntad de los progenitores no origina la relación filial, en virtud de que no se trata de una materia susceptible de regulación privada, sino que esta legalmente predeterminada, por lo tanto, la declaración de paternidad o maternidad se limita a determinar la relación que ya existe como resultado de la generación. En consecuencia, el reconocimiento es la afirmación de paternidad o maternidad, cuyos derechos y obligaciones se producen quiéralos o no el autor de la declaración. El reconocimiento crea una superestructura al servicio de la relación jurídica de la filiación, lo que provoca que se le aplique el régimen legal de los negocios jurídicos, como lo relativo a la capacidad y las nulidades.¹⁷⁶

f.- Reconocimiento como acto jurídico.- Para la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera, el reconocimiento es un verdadero acto jurídico, ya que nace de la voluntad de los que reconocen, independientemente de que este hecho coincida o no con la realidad biológica derivada de la procreación, es decir, la voluntad, en este caso es la que otorga el carácter de acto jurídico al reconocimiento, ya que, la sola realidad biológica no implica la existencia del vínculo jurídico filial, sino que es necesario que este integrada por el reconocimiento o por la declaración judicial de la filiación, e inversamente, el reconocimiento produce efectos aún cuando no concuerde con la realidad biológica.

Por otro lado, aún cuando en la ley estén predeterminadas las formas de realizar el reconocimiento, así como sus consecuencias jurídicas, ello no obsta para que se siga

¹⁷⁵ Ob. Cit. Págs. 212-213.

¹⁷⁶ Puig Brutau. Ob. Cit. Pág. 200.

considerando como un acto jurídico, ya que lo mismo sucede con otros actos jurídicos, como por ejemplo el matrimonio.¹⁷⁷

Ahora bien, queda claro que el reconocimiento tiene la naturaleza de ser un acto jurídico, sin embargo, coincide con el criterio de Chávez Asencio, en el sentido de que “solo se deben entender como actos jurídicos los modos de reconocimiento que se hagan con posterioridad al levantamiento del acta de nacimiento.”¹⁷⁸ La fracción I del artículo 369 del Código Civil señala como forma de reconocimiento el registro en la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil, lo que es simple y sencillamente “una declaración hecha ante una autoridad administrativa que produce efectos de reconocimiento”¹⁷⁹, pero no es un acto jurídico ya que, en el levantamiento del acta no se requiere la manifestación expresa de la voluntad de reconocer, mientras que el reconocimiento realizado en acta especial, en escritura pública, testamento o por confesión judicial, necesariamente entrañan la expresión de la voluntad de los progenitores de reconocer, y como consecuencia la existencia de un acto jurídico.

c).- Características

El reconocimiento como acto jurídico tiene las siguientes características:

Es *unilateral*, en virtud de que únicamente la voluntad del progenitor perfecciona el reconocimiento sin el concurso de ninguna otra, ya que, ni aún el reconocimiento conjunto de los padres convierte al acto en bilateral, sino simplemente es la yuxtaposición de ambas voluntades expresadas al mismo tiempo, pero no es necesaria la existencia de una para perfeccionar la otra, sino que cada una tiene validez propia e independiente de la otra; incluso el reconocimiento hecho en forma separada surte los mismos efectos.

¹⁷⁷ Belluscio, Cesar Augusto. Ob. Cit. Págs. 233-234.

¹⁷⁸ Ob. Cit. Pág. 146.

¹⁷⁹ *Ibidem*. Pág. 148.

Por otro lado, el artículo 375 del Código Civil establece que es necesario el consentimiento del hijo reconocido o su tutor si éste es menor de edad, lo que podría hacer suponer bilateralidad en el reconocimiento, sin embargo, la aceptación del hijo, es una "*conditio iuris*" necesaria para la eficacia del reconocimiento, pero no un elemento indispensable para su perfeccionamiento, ya que, la omisión de dicho consentimiento no produce la nulidad del acto jurídico cuando éste fue realizado en beneficio del menor, por lo que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, y el consentimiento del hijo reconocido o su tutor si es menor de edad, solo se requiere para efecto de la inscripción del acto en el Registro Civil.¹⁸⁰

El reconocimiento también es un acto *solemne* en virtud de que la ley exige que se realice de alguna de las forma establecidas por el artículo 369 del Código Civil, de lo contrario el acto es inexistente; es *declarativo* de la filiación y no constitutivo de la misma, es decir, no crea el vínculo biológico, sino que únicamente lo fija o hace constar, por lo que sus efectos se retrotraen al momento de la concepción; es *individual* en virtud de que el reconocimiento surte efectos solo respecto de la persona que lo hace y no respecto del otro progenitor.

Es *personalísimo* en sentido lato, en virtud de que solo los progenitores del hijo pueden hacer el reconocimiento ya que nadie puede substituir la voluntad que el reconocimiento supone, no obstante, en términos del artículo 44 del Código Civil, se permite hacer el reconocimiento por medio de un mandatario con poder especial otorgado en escritura pública o en escrito privado ante dos testigos y ratificado ante el Notario Público o Juez.

Es *puro y simple*, porque al ser un acto de familia y de estado civil no puede ser sometido a término, plazo o condición que modifique sus consecuencias jurídicas; y por último es *irrevocable* por que "establecido el estado de la persona de cuya filiación se trata,

¹⁸⁰ Ibidem. Pág. 150.

no puede depender de la voluntad de quien ha realizado el reconocimiento modificar una situación jurídica creada por el reconocimiento"¹⁸¹, por lo que aún cuando el reconocimiento se haga por medio de testamento y éste se revoque, no se tendrá por revocado el reconocimiento, sin embargo será impugnabile porque el acto jurídico haya estado afectado de nulidad o inexistencia.

d').- Elementos personales

Los elementos personales del reconocimiento se dividen en dos grupos: Por un lado se encuentran aquellas personas que pueden reconocer, que son los sujetos activos y por el otro aquellas personas que pueden ser reconocidas, que son los sujetos pasivos.

SUJETOS ACTIVOS.- Genéricamente pueden reconocer el padre o la madre, separada o conjuntamente, si lo hacen de forma separada, el progenitor no podrá revelar en el acto de reconocimiento el nombre del otro progenitor, ni exponer ninguna circunstancia con que pueda ser identificado. La violación a esta prohibición por parte del juez o notario, es castigada con destitución e inhabilitación de su cargo. (Arts. 370 y 371 de Código Civil)

Tanto el padre como la madre cuando sean casados, pueden reconocer al hijo habido antes de celebrar matrimonio, sin embargo, no tendrán derecho a llevarlo a su hogar conyugal sin el consentimiento expreso de su cónyuge.(Art. 372 del Código Civil)

La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, y está obligada a que su nombre figure en el acta de nacimiento, sin embargo en caso de abandono del menor o que se desconozca quien es la madre, será posible el reconocimiento materno.

Por su parte, el hombre puede reconocer o no a sus hijos extramatrimoniales, pero

¹⁸¹ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 641.

cuando el hijo ya haya sido reconocido por su madre, ésta podrá contradecir el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedando sin efecto el mismo, resolviéndose la cuestión relativa a la paternidad en el juicio de contradicción correspondiente. (Art. 379 del Código Civil) Igualmente cuando exista una mujer que haya cuidado de la lactancia del niño, le haya dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo haya presentado como hijo suyo y hubiere proveído a su educación o subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. (Art. 378 del Código Civil)

SUJETOS PASIVOS.- Genéricamente pueden ser reconocidos, todos los hijos nacidos fuera del matrimonio, y que no hubieren sido reconocidos anteriormente, sin perjuicio de que pueda impugnarse la filiación contradictoria.

Puede reconocerse a un hijo concebido y al que ya ha fallecido, siempre y cuando haya dejado descendencia, ya que éstos pueden aprovechar el reconocimiento póstumo y de esa manera suceder a sus abuelos naturales (Art. 364 del Código Civil), así mismo, pueden reconocerse los hijos mayores de edad con su consentimiento y los menores de edad con el consentimiento de su tutor. El hijo de una mujer casada, no podrá ser reconocido como hijo de un hombre distinto a su marido, sino cuando éste lo haya desconocido y exista sentencia ejecutoriada que declare que el hijo no es suyo. (Art. 374 del Código Civil)

Por su parte el artículo 62 del Código Civil dispone que en caso de hijos adulterinos, podrá asentarse el nombre del padre casado o soltero, si lo pidiere, no así el de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que así lo declare. Por otro lado, 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 Civil asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que así lo declare.

e').- Elementos de existencia

a).- *La manifestación de la voluntad.*- Al respecto, cabe decir que el acto siempre es unilateral, aún en el caso de haber sido otorgado conjuntamente por los dos progenitores, además el consentimiento del hijo reconocido o su tutor en caso de ser menor de edad, es solo para efectos de la inscripción en el Registro Civil.

b).- *El objeto.*- El acto jurídico del reconocimiento tiene por objeto crear derechos y obligaciones derivadas de la relación biológica existente entre el que reconoce y el reconocido.

c).- *El reconocimiento que haga la norma jurídica a la manifestación de voluntad.*- Rojina Villegas, sostiene que este elemento consiste en la aceptación que hace la norma jurídica de que el reconocimiento de los hijos se haga mediante las formas específicamente determinadas en la ley, para que puedan darse todos los efectos legales independientemente de la voluntad del que reconoce, es decir, "hecha la declaración de voluntad de paternidad o maternidad, el objeto jurídico opera por ministerio de ley."¹⁸²

d).- *La solemnidad.*- "Por la trascendencia del acto, su carácter irrevocable y la necesidad de mantener fijo e invariable el estado civil de las personas, la declaración de la voluntad de reconocer ha de hacerse en forma solemne."¹⁸³ El artículo 369 del Código Civil determina que el reconocimiento podrá celebrarse por alguno de los modos siguientes:

1).- En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil.- Como se explicó con anterioridad, esta forma de reconocimiento no es un acto jurídico propiamente dicho, sino una simple gestión administrativa a la que la ley otorga efectos de reconocimiento legal. (Art. 77 del Código Civil)

2).- Por acta especial ante el mismo juez.- En este caso el nacimiento del menor ha sido registrado con anterioridad al reconocimiento, en ese sentido, el padre que pretenda hacer el reconocimiento deberá acudir ante el juez del Registro Civil a levantar un acta

¹⁸² Ob. Cit. Pág. 519.

¹⁸³ Sancho Rebullida. Cit. Por. Puig Brutau. Ob. Cit. Pág. 205.

especial de reconocimiento. En el acta de reconocimiento hecha con posterioridad al acta de nacimiento, se hará mención de ésta, poniendo en ella la anotación correspondiente. (Art. 82 del Código Civil)

3).- Por escritura pública.- En este caso ley limita a que el acto jurídico del reconocimiento sea celebrado ante fedatario público en una escritura.

4).- Por testamento.- En este supuesto como la ley no distingue una clase especial de testamento, se entiende que podrá realizarse en cualquiera de las formas reguladas por el Código Civil.

5).- Por confesión judicial directa expresa.- En este caso la persona que reconoce deberá realizar la confesión ante el juez de forma personalísima, salvo lo dispuesto por el artículo 44 del Código Civil, en relación al mandatario especial. Así mismo deberá realizarse la confesión en forma expresa y no tácitamente o a través de presunciones legales.

El reconocimiento es celebrado en cualquier forma distinta a las antes señaladas origina la inexistencia del acto jurídico. Es importante destacar que el reconocimiento hecho por cualquier forma legal, excepto por la inscripción en la partida de nacimiento, deberá presentarse al Registro Civil para que se levante el acta respectiva, dentro de los quince días siguientes a su celebración, sin embargo, la omisión del registro, no priva de efectos legales al reconocimiento hecho conforme a las disposiciones del Código Civil.

1°).- Elementos de validez

a).- *La capacidad*.- En este caso se aplican las reglas generales para los actos jurídicos, excepto lo dispuesto por el artículo 361 del Código Civil en el sentido de que para reconocer a un hijo se debe contar con la edad exigida para contraer matrimonio (dieciséis años en varones y catorce en mujeres), más la edad del hijo que se va a reconocer. El artículo 362 del Código Civil, dispone que el menor de edad no puede reconocer a un hijo

sin el consentimiento de los que ejerzan sobre él la patria potestad o la tutela , o a falta de ésta sin autorización judicial.

Rojina Villegas afirma que el reconocimiento se basa en el hecho biológico de la procreación, por lo tanto, no se toma en cuenta la capacidad mental de la persona que reconoce, sino su capacidad para concebir, por lo que, si un mayor de edad perturbado o disminuido de su inteligencia engendra, la ley se encuentra obligada a admitir este hecho, siempre y cuando existan suficientes pruebas que hagan suponer que la realidad jurídica coincide con la realidad biológica, y cuyo supuesto, el incapaz puede reconocer a un hijo por medio de un representante legal,¹⁸⁴ sin embargo, Zanonni, Busso y Chávez Asencio opinan lo contrario, y sostienen que al reconocimiento deben ser aplicadas las reglas generales para todos los actos jurídicos, por lo tanto un incapaz por minoría de edad o por perturbación mental no puede reconocer.

b).- *Los vicios de la voluntad.*- El artículo 363 del Código Civil establece como deficiencias en la manifestación de la voluntad, al error o el engaño (dolo), omitiendo la violencia, sin embargo, considero que a el reconocimiento como acto jurídico, le son aplicables las reglas generales, y por lo tanto, también se puede invocar la violencia para nulificar el reconocimiento. El reconocimiento hecho por un menor es anulable si se prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, puede ejercitar la acción hasta cuatro años después de su mayoría de edad.

c).- *La licitud en el objeto, motivo o fin del reconocimiento.*- Este elemento implica que el reconocimiento no podrá realizarse en contra de algún dispositivo legal.

g').- *Efectos jurídicos*

¹⁸⁴ Ob. Cit. Pág. 521.

El reconocimiento como acto jurídico, crea derechos y obligaciones entre el que reconoce y el reconocido. Manuel Albaladejo sostiene que el efecto más importante del reconocimiento es “el convertir en filiación jurídica la filiación biológica, es decir, constituir el estado.”¹⁸⁵

El artículo 389 del Código Civil dispone que el hijo reconocido por el padre o la madre o por ambos tiene derecho:

- 1.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca, cuando sólo sea uno.
- 2.- A ser alimentado por los progenitores que lo reconozcan.
- 3.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Además el reconocimiento otorga al reconocido la calidad de hijo de los progenitores que lo reconocen, por lo que de automático entre bajo su patria potestad, - en caso de ser menor de edad -, o bien, origina la tutela legítima, cuando ésta tenga que ser constituida.

c.2).- La sentencia judicial

La sentencia judicial que se dicte como consecuencia de un juicio de investigación de paternidad o maternidad, es otra forma de establecer legalmente la filiación de un hijo extramatrimonial.

La doctrina clásica distingue entre el reconocimiento voluntario, en donde espontáneamente los padres reconocen ser progenitores del hijo reconocido y el reconocimiento forzoso que surge como resultado de una sentencia judicial que declara la paternidad o maternidad. Sin embargo, considero que el reconocimiento forzoso, no es propiamente un reconocimiento, ya que no existe la voluntad de reconocer por parte del

¹⁸⁵ Cit. Por. Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 642.

progenitor, sino es una declaración judicial producto del ejercicio de una acción de investigación, que surte efectos de reconocimiento voluntario.

c.3).- Presunción de paternidad en el concubinato

El concubinato induce a presumir verosíblemente la paternidad de quién en la época de la concepción del hijo, mantuvo relaciones íntimas con la madre de éste.

El artículo 383 del Código Civil establece que: "Se presumen hijos del concubino 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 que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina."

Por medio de estas presunciones legales también es posible determinar la filiación paterna de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero que sus padres al momento de la concepción se encuentren viviendo en concubinato, en este caso no es necesario el reconocimiento por parte de los progenitores, sino que opera la presunción legal determinada en la ley, en la misma forma que en la filiación matrimonial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido un criterio, en el sentido de que la presunción de paternidad derivada del concubinato opera de pleno derecho, sin la necesidad de que medie juicio, tal y como ocurre con la presunción de paternidad matrimonial, es decir, se trata de una filiación natural legalmente establecida.¹⁸⁶

d).- Pruebas de la filiación extramatrimonial

La maternidad extramatrimonial es susceptible de prueba directa, ya que para la madre el reconocimiento de un hijo es forzoso.

¹⁸⁶ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 639. *Infra*.

Galindo Garfias opina que para determinar la filiación extramatrimonial, deben quedar acreditados sucesivamente los siguientes hechos: "a) el parto de la madre; b) la identidad del hijo. Para probar el hecho del nacimiento, son admisibles toda clase de pruebas. La prueba fehaciente del parto, es el acta de nacimiento si en ella figura el nombre de la madre o el acta de reconocimiento hecho por la madre. A falta de estos elementos probatorios, por medio de la sentencia que declara la maternidad. La identidad del hijo puede quedar establecida por medio de testigos. Empero debe tenerse presente, que la huella digital de la persona que es presentada ante el juez del Registro Civil, figura impresa en el acta de nacimiento."¹⁸⁷

La filiación extramatrimonial paterna, no es susceptible de prueba directa, toda vez que a excepción del concubinato, no existen presunciones legales que atribuyan la paternidad, por lo que ésta quedará acreditada únicamente por medio del acta de reconocimiento voluntario o con la sentencia judicial que declare la filiación.

e).- Acciones de filiación extramatrimonial

Las acciones que se derivan de la filiación extramatrimonial son: Por un lado las acciones de investigación de filiación, que puede ser tanto de maternidad como de paternidad, cuya finalidad es atribuir a determinado progenitor la filiación del hijo que la reclama, siempre y cuando se acrediten los extremos determinados en la ley.

Por otro lado se encuentran las acciones de contradicción del reconocimiento, cuya finalidad es impugnar el reconocimiento hecho indebidamente o en perjuicio de un menor.

e.1).- Investigación de la maternidad y paternidad

¹⁸⁷ Ibidem. Pág. 638.

Cuando no existe reconocimiento por parte de alguno o ninguno de los progenitores, los hijos naturales tienen el derecho de establecer su filiación, por medio del ejercicio de la acción de investigación de la maternidad y la paternidad, a fin de que la relación paterno filial sea determinada por medio de una sentencia judicial.¹⁸⁸

Castán Tobeñas, define a la acción de investigación de la filiación como "la facultad que tienen los hijos ilegítimos en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno filial lleva consigo."¹⁸⁹

Tanto la acción de investigación de paternidad como de maternidad, únicamente puede intentarse en vida de los padres, excepto cuando éstos hubieren fallecido antes de que el hijo alcance la mayoría de edad; en cuyo caso la acción prescribe en cuatro años, contados desde que el hijo alcance la mayoría de edad, es decir, hasta antes de que cumpla veinticinco años. (Art. 388 del Código Civil)

Por otro lado, el artículo 387 del Código Civil, dispone que el hecho de dar alimentos no constituye por sí sólo prueba, ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas. Permitir lo contrario podrían dar origen a abusos, ya que, cuando una persona otorgue alimentos a un menor por caridad, amistad o parentesco, solo demostrando este hecho se le podría imputar una filiación que realmente no le corresponde.

La investigación de la filiación resulta procedente en los siguientes casos:

¹⁸⁸ La doctrina coincide en afirmar que es impropio nombrar a esta acción como reconocimiento forzoso o investigación de la paternidad, en virtud de que, no se trata de indagar o inquirir una paternidad o maternidad, sino de pedir una declaración judicial de esta declaración de filiación ya existente, pero desconocida y negada por los padres. No es buscar un padre, sino sancionar una relación ya existente para que surta sus efectos, razón por la cual es más correcto nombrar a esta acción, como "acción de reclamación de la filiación extramatrimonial. O'Callaghan Muñoz, Xavier. *"Investigación de la Paternidad"*. Acciones de filiación, Investigación de la paternidad. Prueba Biológica. Edit. Alcobendas. Madrid 1993. Pág. 37.

¹⁸⁹ Ob. Cit. Pág. 21.

a) *Investigación de la Maternidad.*- En principio la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a sus hijos y tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento, pero en caso de abandono del recién nacido o de que haya sido registrado falsamente como hijo de otra mujer, procede la investigación de la maternidad, la cual, puede ser ejercitada tanto por el hijo como por sus descendientes, excepto cuando tenga por objeto atribuir la maternidad a una mujer casada.

Sin embargo, se podrá atribuir la maternidad a una mujer casada, cuando ésta se deduzca de una sentencia civil, como por ejemplo la de contradicción o desconocimiento de la legitimidad del hijo por parte del marido de la madre, o bien de una sentencia criminal como puede ser la de adulterio de la mujer casada.

En la investigación de la maternidad existe un sistema abierto de prueba, ya que la relación filial (el parto y la identidad del hijo) se puede acreditar por cualquier medio ordinario de prueba. En este caso, hay que tomar en cuenta, los avances en materia de pruebas biológicas, que se han analizado con anterioridad.

b) *Investigación de la Paternidad.*- Respecto del padre el ejercicio de esta acción se encuentra limitado a los siguientes supuestos:

1.- *En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.*- En este caso, Planiol opina que no es necesario la tipificación del delito y el previo juicio penal, en virtud de que la investigación de la paternidad no es la pena de un delito, sino que la razón de la investigación consiste en la certidumbre atribuida, gracias a las circunstancias, sobre la filiación del hijo.¹⁹⁰ Aquí tienen aplicación las presunciones legales relativas al período legal de concepción.

2.- *Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre.*- Es importante destacar que a diferencia de la filiación matrimonial, la posesión de estado de

¹⁹⁰ "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 178.

hijo extramatrimonial se justifica demostrando por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo de primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento, es decir, el requisito indispensable para la posesión de estado de hijo natural es únicamente el "*tractus*".

3.- *Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.*- Este supuesto la doctrina francesa llama "el concubinato notorio durante el período legal de concepción", y encuentra su justificación legal en que la continuidad, estabilidad, notoriedad y exclusividad de la relaciones íntimas durante el período legal de concepción permiten presumir la paternidad de un hijo.

4.- *Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.*- Chávez Asencio y Sara Montero afirman que al permitir la ley el ejercicio de esta acción cuando exista un principio de prueba contra el pretendido padre, abre definitivamente la posibilidad de una amplia investigación de la paternidad, ya que, por cualquier indicio que haga suponer la posibilidad humana de que exista la relación paterno filial, se permite el ejercicio de la acción.

Por otra parte, otro grupo de juristas sostienen que el sistema adoptado por el Código Civil en materia de investigación de la paternidad es cerrado, en virtud de que limita el ejercicio de la acción, a supuestos específicamente determinados.

Estas cuatro hipótesis constituyen el presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción de investigación de la paternidad, pero no la acreditan, ya que quedará al criterio del juzgador otorgar el valor probatorio que corresponda a las pruebas rendidas por las partes en la secuela procedimental, siendo admisibles en el juicio todos los medios ordinarios de prueba, incluso las biológicas, dada la importancia que han venido tomando en los últimos años, debido a los avances científicos.

e.2).- Impugnación del reconocimiento

La acción de impugnación tiene la finalidad de destruir el vínculo filial que se ha establecido por medio del reconocimiento, ya sea por que no coincida con el vínculo biológico, o bien cuando éste se realice en perjuicio de un menor.

Es importante distinguir esta acción de impugnación, con las de inexistencia o nulidad del reconocimiento. La inexistencia procede cuando falta algún elemento esencial del acto jurídico, mientras que la nulidad "ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que dañen su eficacia constitutiva como tal"¹⁹¹, y con la impugnación del reconocimiento se ataca el presupuesto biológico que lo implica, en consecuencia, aún cuando el efecto de las tres acciones sea el mismo, es decir, la caída del reconocimiento, existen diferencias substanciales entre ellas.

La impugnación del reconocimiento, procede en los siguientes casos:

a) Cuando el reconocimiento de un menor de edad se efectúa en su perjuicio; en este caso el Ministerio Público tiene acción contradictoria para impugnar el reconocimiento. El ejercicio de esta acción caduca cuando el menor llega a la mayoría de edad.

b) Cuando el progenitor reclame para sí el carácter de padre o madre con exclusión de quién hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o solo para efecto de la exclusión.

c) Cuando un tercero se vea afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, el cual puede contradecirlo por vía de excepción. En este caso el demandado tendrá que probar que quién reconoció no es la madre o padre del reconocido.

El artículo 368 del Código Civil, establece que en ninguno de los tres casos

¹⁹¹ Albaladejo, Manuel. Cit. Por. Zannoni, Eduardo. A. "Tratado de Derecho Civil. Familia." Tomo 1. Ob. Cit. Pág. 446.

anteriores, procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia para privar de ella al menor reconocido.

d) Contra el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de un niño que haya estado al cuidado de una mujer que le haya dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo haya presentado como hijo suyo y proveído a su educación y subsistencia. El término para que la mujer impugne el reconocimiento es de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del mismo.

e) Cuando el reconocimiento de un menor se realice por el padre sin el consentimiento de la madre, en caso de que ésta lo haya reconocido previamente, quedando desde el momento de la contradicción, sin efecto el reconocimiento paterno, el cual tendrá que resolverse en el juicio contradictorio correspondiente.

f) Cuando el hijo reconocido siendo menor de edad, llegue a la mayoría. El término para deducir esta acción es de dos años, contados a partir de la mayoría de edad del hijo, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, y si no la tenía, desde la fecha en que se enteró del reconocimiento. (Arts. 376 y 367 del Código Civil)

C).- Filiación adoptiva

La filiación adoptiva corresponde a los hijos que "no siéndolo por la sangre, adquieren la condición de tales en virtud de un especial acto jurídico"¹⁹², denominado adopción. Este tipo de filiación, crea un vínculo legal entre el adoptante y el adoptado, similar al creado por la filiación consanguínea. Sin embargo, los límites impuestos a este trabajo de investigación no permiten hacer un estudio de la figura jurídica de la adopción, que da origen a la filiación adoptiva.

¹⁹² Castán Tobeñas, José. Ob. Cit. Pág. 6.

D).- La legitimación

Para Planiol la legitimación "es un beneficio por el cual se confiere fictamente el carácter de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, a los hijos concebidos fuera del matrimonio"¹⁹³, sin embargo, dada la evolución que ha tenido la figura de los hijos legítimos e ilegítimos, es más apropiada la definición que sostiene Rojina Villegas en el sentido de que la legitimación es "aquella situación jurídica por virtud de la cual, por el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad."¹⁹⁴

La legitimación es una institución que ha dejado de tener importancia, en virtud de que el Código Civil vigente iguala los derechos de los hijos, sin hacer distinciones por su origen, por lo que resulta intranscendente, el hecho que se otorgue el carácter de matrimonial a un hijo que originalmente es natural; además de que en realidad "la adquisición de derechos por el hijo y su incorporación al seno de la familia del padre o de la madre ya los ha adquirido a través del reconocimiento o de la sentencia que declare la maternidad o paternidad."¹⁹⁵

Sin embargo, en su momento la legitimación fue una forma por la que se beneficiaba a los hijos naturales, para adquirir el carácter de legítimos, con el subsecuente matrimonio de sus padres, con todos los beneficios que esa calidad les otorgaba, es decir, era una forma de rehabilitar el estado civil del hijo natural, para que adquiriera nombre y posición en la sociedad como hijo matrimonial, de esta manera la legitimación permitía a los progenitores reparar sus faltas y el perjuicio legal causado a sus hijos.

¹⁹³ "Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo I, 2. Ob. Cit. Pág. 192.

¹⁹⁴ Ob. Cit. Pág. 489.

¹⁹⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 651.

El artículo 354 del Código Civil dispone que el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tengan como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración. Sin embargo, para que surta efectos la legitimación, además del matrimonio subsecuente de los padres, debe mediar reconocimiento expreso de los progenitores, ya sea antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él; el cual puede hacerse conjunta o separadamente.

En caso de que el hijo haya sido reconocido por el padre y en el acta de nacimiento conste el nombre de la madre, no se necesita reconocimiento expreso de ésta para que la legitimación surta sus efectos legales. Tampoco se necesita reconocimiento de este si ya se expreso su nombre en el acta del nacimiento del hijo.

En consecuencia, la legitimación es una fusión de dos actos jurídicos diferentes, por un lado el reconocimiento que se lleva a cabo por los progenitores de un hijo natural y por otro el matrimonio que se realice después de haberse concebido o nacido el hijo natural, o bien, por la sentencia judicial en la cual se declare la paternidad y maternidad de un hijo natural y el subsecuente matrimonio de los progenitores.¹⁹⁶

Pueden ser legitimados, no solo los hijos vivos, sino los que ya hubiesen fallecido al momento de la celebración del matrimonio de los padres; siempre y cuando hayan dejado descendencia, y aún los concebidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quién la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquélla estuviera encinta.

En caso de que el reconocimiento se haga con posterioridad al matrimonio, el hijo adquiere todos sus derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, es decir, el reconocimiento posterior tiene efectos retroactivos al momento del casamiento de los padres, pero solo respecto de los progenitores, no respecto de los demás parientes.

¹⁹⁶ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 489-491.

3. Consecuencias Jurídicas de la Filiación

Como se mencionó, la filiación es el parentesco más cercano que existe entre dos personas, es decir, la filiación origina el parentesco consanguíneo en primer grado en línea recta ascendente o descendente; por lo tanto, participa de las consecuencias jurídicas que en términos genéricos se expusieron en relación al parentesco consanguíneo.

Además de las consecuencias jurídicas que la filiación como parentesco produce; también origina los siguientes efectos específicos:

a) Otorga derecho al hijo a llevar los apellidos del padre y de la madre para formar su patronímico. Los artículos 55 y 59 del Código Civil imponen esta obligación a padres al declarar el nacimiento de sus hijos. Para el caso de la adopción, será optativo para el adoptante, otorgar sus apellidos al adoptado. (Art. 395 del Código Civil)

b).- Chávez Asencio afirma que la filiación origina el derecho natural de los hijos de convivir bajo el mismo techo con sus padres o con las personas que ejerzan la patria potestad sobre ellos, y en este sentido, manifiesta que "... la relación interpersonal y jurídica es consecuencia de la convivencia dentro de la casa familiar, en la que deben permanecer los hijos mientras estuviesen sujetos a la patria potestad (Art. 421 del C.C.), lo que es necesario para poder responder y poder ejercer los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, para lo cual, deberá haber el respeto usual entre las personas que integran la relación, independientemente de las diferencias de edades, debiendo los padres observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo, según lo dispone el Art. 432 del C.C."¹⁹⁷

Sin embargo considero que este es un efecto que se deriva de la patria potestad y no

¹⁹⁷ Ob. Cit. Pág. 86

de la filiación, ya que incluso pueden ejercer la patria potestad otras persona que no sean la madre o el padre, respecto de los cuales ya no existe filiación sino únicamente parentesco.

Es importante destacar que los efectos jurídicos que produce la filiación, son iguales para todos los hijos, matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos, y la diferenciación se hace solo para efectos de establecer el modo de determinar y probar la filiación.

CAPITULO CUARTO

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN *IN VITRO*

4.1 Notas Preliminares

Hasta ahora se han analizado los aspectos técnicos y científicos que se precisan para la aplicación de la inseminación artificial y fecundación *in vitro*, así como los casos en que estas técnicas se encuentran clínicamente indicadas. Por otro lado, igualmente se estudió la forma en que actualmente se encuentran reguladas las figuras jurídicas del parentesco y la filiación en el Código Civil del Distrito Federal.

En ese sentido, en el presente capítulo abordo el análisis de las implicaciones jurídicas que trae consigo la práctica de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en el ámbito del derecho familiar, en especial en lo relativo al parentesco y la filiación, es decir, me propongo determinar de que manera estas técnicas de procreación artificial humana han motivado cambios substanciales que inciden directamente en el establecimiento del parentesco, específicamente en lo que se refiere a la determinación de las relaciones paterno filiales del hijo producto de la concepción artificial y los derechos derivados de su filiación.

Ciertamente, es un hecho real, que en la actualidad es posible la separación del acto sexual y la procreación, es decir, puede haber acto sexual sin procreación -con ayuda de los métodos anticonceptivos- y procreación sin acto sexual -con ayuda de las técnicas de reproducción artificial humana-, así mismo un niño puede nacer de una mujer que no sea

su madre, desde el punto de vista genético -como en el caso de la maternidad subrogada-; situaciones que sin duda alguna provocan una perturbadora disociación entre los conceptos de concepción, gestación, maternidad y paternidad, convirtiendo a la procreación en un acto sumamente complejo protagonizado por más de dos personas.¹⁹⁸

En el sistema jurídico tradicional que aún nos rige la filiación se basa en el nexo biológico, aún cuando en ocasiones haya vínculo jurídico sin que exista el presupuesto biológico, sin embargo, siempre que haya un nexo jurídico se presume la existencia del vínculo biológico.

Recapitulando lo anterior, se puede afirmar que, actualmente "toda reglamentación que formula el legislador sobre la filiación reposa en tres postulados fundamentales:

1.- Todo nacimiento es necesariamente fruto de una aproximación física entre un hombre y una mujer.

2.- La maternidad se determina por el hecho del parto y, por tanto es indubitable: '*mater semper certa est, pater incertus*'.

3.- La paternidad sólo puede ser reconocida a través de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el padre en la época legal de la concepción; ésta se calcula según la fecha de nacimiento."¹⁹⁹

Sin embargo, estos postulados han sido superados con el uso de las técnicas de procreación artificial humana.

4.2 Marco Legal

¹⁹⁸ Ver. García Mendieta, Carmen. "Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales". En: *Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango*. Números 20-21. Octubre 1985 - Marzo 1986. Durango, México. Pág. 48 y Zannoni, Eduardo A. "*Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas*". Ob. Cit. Pág. 29.

¹⁹⁹ Ver. García Mendieta, Carmen. "La Filiación: Problemas Jurídicos Actuales". En: *Anuario Jurídico*. Vol. XIII. 1986. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. Pág. 302.

En la legislación mexicana, sólo en la Ley General de Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, se regulan algunos aspectos de las técnicas de procreación artificial humana, sin embargo, no se refiere propiamente a la aplicación de estos procedimientos, sino a la investigación de sobre las mismas, lo que podría implicar una admisión tácita de su empleo.

El Código Civil para el Distrito Federal, omite regular las consecuencias que dichas prácticas producen, en especial en materia de parentesco y filiación, lo que da origen a grandes problemas, ya que, ante la presencia de un conflicto derivado de estas prácticas, la autoridad jurisdiccional no puede dejar de resolver, alegando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, incluso, a falta de disposición legal, las controversias deberán resolverse conforme a los principios generales de derecho. (Arts. 18 y 19 del Código Civil)

El fundamento Constitucional de esta afirmación, se encuentra en el párrafo tercero del artículo 14 de nuestra Carta Magna, el cual establece textualmente que:

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho."

Al respecto, Chávez Asencio opina que "nunca un jurista debe disculparse para no participar, resolver u opinar sobre alguna situación humana. Su obligación es buscar una solución justa al caso concreto."²⁰⁰

En este sentido es importante delimitar el marco jurídico que tiene actualmente en nuestro país la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, dentro de los dos cuerpos legales que se encargan de su raquítica reglamentación.

²⁰⁰ Ver: "Orientaciones y Criterios sobre la Inseminación Artificial". En: *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Vol. 1. Número 24. 1995. México, D.F. Págs. 185-186.

El artículo 466 de la Ley General de Salud dispone que:

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

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

Este precepto, en su primer párrafo tipifica un delito cuyo sujeto activo es toda persona que insemine artificialmente a una mujer sin su consentimiento o bien a una mujer menor de edad o incapaz que no pueda manifestarlo validamente. "Es un delito de los llamados formales o de mera conducta: no es necesario que se produzca el resultado (embarazo) para que el hecho criminoso quede consumado; la producción del resultado opera solamente como circunstancia agravante. El delito admite la incriminación en grado de tentativa; el bien jurídico protegido es, a mi entender, la libertad de concebir que está protegida a nivel constitucional por el artículo 4°."²⁰¹

Sin embargo, resulta interesante comentar que al tipificarse este delito no se especifica la clase de inseminación punible, ni se incluye a la fecundación *in vitro* dentro del tipo, lo que considero una grave omisión, ya que, es factible que esta técnica también sea practicada sin o aún en contra del consentimiento de la mujer, atentando flagrantemente contra su libertad procreacional.

Por otro lado, del precepto legal en comento, se desprende que los requisitos para que pueda ser practicada la inseminación artificial en una mujer, son únicamente que ésta sea mayor de edad, capaz y que haya otorgado su consentimiento, sin hacer ninguna

²⁰¹ Ver. García Mendieta, Carmen. "Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales". Ob. Cit. Pág. 307.

referencia en cuanto a su estado civil, de donde podemos desprender que le es lícito a una mujer soltera hacerse inseminar artificialmente.

Finalmente, el último párrafo de este dispositivo legal, constituye "una de las llamadas normas imperfectas, puesto que su incumplimiento carece de sanción."²⁰², sin embargo, considero que las únicas sanciones aplicables al profesionista que hubiese inseminado a una mujer sin el consentimiento de su marido, son de carácter exclusivamente administrativos, las cuales, se encuentran contenidas en el artículo 417 de la ley en comento, y son:

- I.- Amonestación con apercibimiento;
- II.- Multa;
- III.- Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total;
- IV.- Arresto hasta por treinta y seis horas.

Así mismo, en relación a este mismo artículo, desde mi punto de vista, el hecho de que en la norma se exija el consentimiento del marido de la mujer casada para que se practique la inseminación, no implica que esta manifestación de voluntad constituya por sí misma fuente de filiación, a la luz de la legislación civil vigente.

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, se ocupa de esta materia en los siguientes artículos:

"ART. 40.- Para los efectos de este reglamento se entiende por:

....

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

En este precepto se especifica lo que se entiende por fertilización asistida, pero no se

²⁰² Ver. García Mendieta, Carmen. "La Filiación: Problemas Jurídicos Actuales". Ob. Cit. Pág. 52.

hace una descripción de las técnicas, ni de los sujetos que intervienen.

"Art. 56.- La investigación sobre fertilización asistida solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si este difiere con el del investigador."

Considero este artículo de gran importancia, ya que de alguna manera limita el uso de las técnicas de reproducción artificial humana a fines exclusivamente terapéuticos para remediar la infertilidad y/o esterilidad de los usuarios, que no pueda resolverse de otra manera, lo que impide la práctica de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* como medios alternativos de reproducción.

"ART. 43.- Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículo 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso."

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido."

En relación con este artículo, es importante destacar, en primer lugar que, se hace

referencia no sólo a la relación de matrimonio, sino también a la de concubinato, y en segundo término, vuelve a hacerse hincapié en el consentimiento tanto de la mujer como de su compañero (cónyuge o concubino) para el uso de las técnicas de fertilización asistida permitidas, sin embargo, aquí ya se especifica la manera en que debe ser otorgado el mismo.

Así mismo, sólo se permite la dispensa del consentimiento que tenga que otorgar el cónyuge o concubinario, no así el de la mujer inseminada, ya que incluso, dicha omisión tipifica la comisión de un delito.

Pero *¿Qué es la carta de consentimiento informado?* La respuesta se encuentra en los artículos 20 y 21 del reglamento antes citado, los cuales disponen los requisitos para que el consentimiento informado se considere existente; dentro de los que destacan: La necesidad de una explicación clara y completa de la justificación de la investigación, sus objetivos, procedimientos alternativos, molestias, riesgos, beneficios, la garantía de mantenerse suficientemente informado sobre cualquier asunto de la investigación, aún sin solicitarla, la libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento, el anonimato para el sujeto de la investigación y la confidencialidad de la información referente a la investigación.

Por su parte, el artículo 22, señala además que; la carta de consentimiento informado, constará por escrito e irá firmado por el sujeto, indicará quién lo elaboró y quién lo revisó, la aprobación del documento corresponderá a la comisión de ética de la institución de atención a la salud. El escrito contendrá datos y firma de los testigos que intervengan. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona. El documento se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Respecto de los anteriores preceptos vale la pena destacar, que el consentimiento informado debe constar por escrito, por lo que queda excluida la forma tácita, así mismo, no

se trata de un acto personalísimo, sino que se puede actuar por medio de un representante legal, lo que cobra especial importancia en los casos de teleinseminación o inseminación producida a distancia.

Considero que esta carta de consentimiento informado, constituye una prueba directa y cierta de todos los sujetos participantes en la fertilización asistida, así como de las voluntades concurrentes, lo que permite conocer con exactitud y no por medio de presunciones legales, quienes son los padres genéticos de una persona concebida por medio de una técnica artificial, hecho que reviste particular importancia sobre todo en lo relativo al ejercicio de las acciones de filiación.

Ahora bien, según la normatividad vigente, dicha carta de consentimiento no tiene el carácter de título legal de legitimación, ni determina legalmente la filiación en favor de persona alguna, es decir, "la prueba de los consentimientos prestados y compromisos asumidos en ocasión de la inseminación artificial o de la fecundación *in vitro*, no pueden transformar, de acuerdo con la legislación vigente, en padre o madre natural a quien no haya aportado el semen o a quien no haya gestado y dado a luz al feto respectivamente. ... En definitiva, el consentimiento para la aplicación de técnicas de fecundación asistida no constituye un título de atribución para la filiación natural."²⁰³

En conclusión, considero que, en primer lugar, los requisitos contenidos en las disposiciones legales anteriormente comentadas, se refieren exclusivamente a aspectos administrativos de las técnicas, por lo que, su omisión produce hasta el momento solo sanciones administrativas, a excepción de la tipificación del delito que establece la Ley General de Salud.

²⁰³ Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo. "La Filiación Inducida y las Clasificaciones Legales". II Congreso Mundial Vasco. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. "La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana". Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Edit. Trivium, S.A. Madrid, España. 1988. Pág. 122.

En segundo término, la ley deja sin reglamentar algunos supuesto importantes de las técnicas de procreación artificial humana, que deben prevenirse; como son: La descripción general de las técnicas, de los sujetos que intervienen, las técnicas *post mortem*, la maternidad subrogada, la donación de células sexuales, los donantes y la protección a su anonimato y sobre todo la especificación de quiénes podrán hacer uso de estos avances científicos.

Por su parte, considero que la legislación civil debe contener los mecanismos por medio de los cuales pueda establecerse legalmente la filiación materna y paterna de los hijos concebidos por medio de una técnica de reproducción artificial humana.

4.3 Efectos de la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* en el Parentesco

El derecho familiar es una de las disciplinas jurídicas que se ha transformado aceleradamente en los últimos años, ya que, los avances científicos en materia de genética humana han provocado una verdadera revolución en instituciones jurídicas que durante años habían permanecido inalteradas, una de ellas es la figura del parentesco, en especial el consanguíneo, cuyo reconocimiento se encuentra basado en axiomas que parecían inalterables -vínculo biológico-, y que, hoy por hoy se encuentran en plena transición.

Para el legislador del Código Civil en 1928, la reproducción humana sólo podía tener lugar por medio del ayuntamiento carnal entre el hombre y la mujer, cuya consecuencia natural era el embarazo que culminaba con el parto y el nacimiento, estableciéndose entre procreantes y procreados un vínculo de sangre que necesariamente daba origen a la existencia de un progenitor común.

Pero, tanto la inseminación artificial como la fecundación *in vitro* inciden

significativamente en el parentesco de las personas, porque rompe con el esquema tradicional de descendencia común, toda vez, que existe la posibilidad de establecer un vínculo jurídico que no coincida con el nexo biológico (por ejemplo en el caso de las técnicas heterólogas), por lo que con la aplicación de estas prácticas existe la posibilidad de crear legalmente parentesco y no coincidir en términos biológicos.

En este aspecto coincido con la opinión de Galindo Garfias en el sentido de que el uso de las técnicas de reproducción artificial humana (en especial las heterólogas) "impone la revisión del concepto de parentesco consanguíneo como nexo jurídico de los miembros de la familia que como se sabe se define como la relación de derecho que une a todas las personas que descienden de un tronco común."²⁰⁴

Sin embargo, como la fuente del parentesco consanguíneo es la filiación, considero que en general la problemática de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en relación al parentesco, se contrae a la regulación de dichas prácticas en materia de filiación, ya que los efectos que se producen en este ámbito son consecuencia de la filiación que ostente el hijo procreado artificialmente; por ejemplo, si un hijo nacido por inseminación artificial homóloga, ostenta una filiación matrimonial, indiscutiblemente contraerá igual relación parental con el resto de sus familiares como un hijo producto de una concepción natural.

Así, las conclusiones y análisis que en materia de filiación resulten serán válidas para las relaciones derivadas del parentesco consanguíneo, toda vez que la filiación es el parentesco en primer grado, y al no existir filiación entre padre e hijo, entonces no existe parentesco. Cabe aclarar que todo lo antes mencionado se refiere exclusivamente al parentesco consanguíneo, excluyéndose el parentesco por afinidad, cuyo origen se

²⁰⁴ Ver. "La Fecundación Artificial en Seres Humanos Consideraciones Jurídicas". En: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XL. Números 169 - 170 - 171. Enero - Junio. 1990. Edit. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. Pág. 148.

encuentra en el matrimonio, así como el parentesco civil que deriva de la adopción; los cuales nada tienen que ver con esta prácticas.

4.4 Efectos de la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* en la Filiación

La figura jurídica de la filiación se encarga del estudio de los problemas *que se derivan de la reproducción humana*, concretamente de las relaciones existentes entre procreantes y procreados. El Código Civil, respondiendo a una concepción moderna de la familia, tanto social como jurídicamente, otorgo desde 1928 una protección igualitaria, a la reproducción protagonizada tanto por parejas matrimoniales como extramatrimoniales, adecuando así las leyes a la realidad social de la época. Sin embargo, esto no ha sucedido con la procreación artificial humana, ya que la ley se ha quedado totalmente al margen de los avances científicos en esta materia y al impacto social que han tenido.

El concepto de filiación, ha sufrido grandes modificaciones en los últimos años, con motivo, no sólo de las variaciones de los comportamientos sociales que en algunos países han incluso provocado cambios legislativos en la materia, sino también por los adelantos científicos que han hecho posible determinar casi irrefutablemente el vínculo biológico, así como la reproducción de la especie humana sin encuentro sexual entre padre y madre.

Para Bercovitz y Rodríguez-Cano, en la sociedad actual la filiación realiza una función social, independientemente del origen biológico, y en este sentido afirma que "el respeto del matrimonio, de la estabilidad familiar, de la paz social, la protección misma de los hijos, la ponderación de lo que normalmente ocurre, ha inducido a nuestro legislador a moderar la búsqueda de la verdad biológica, permitiendo que en algunos casos el hecho natural de la reproducción no se plasme en su correspondiente relación jurídica de filiación.

Esa moderación no es sino una muestra de que la relación de filiación no puede ser

un mero reflejo jurídico de la procreación humana incluso cuando ésta adquiere para aquélla una importancia principal. La misma función que nuestro Derecho -al igual que otros- atribuye a la filiación pone de relieve que esta no puede identificarse con la generación natural. La filiación, en efecto, determina cuestiones que no tienen nada que ver o que tienen que ver solo parcialmente con la naturaleza, y que derivan de y contribuyen a una determinada organización social.²⁰⁵

El ejemplo mas claro de este nuevo carácter de la filiación, es la adopción, donde deliberadamente se prescinde del vínculo biológico derivado de la procreación y se constituye otro artificial de naturaleza exclusivamente jurídica, con el cual, se otorga el papel de padres a los adoptantes, ante la negativa o incapacidad de los progenitores naturales para desempeñarlo.

Dentro de este mismo razonamiento, Zannoni afirma que la institución jurídica de la filiación reconoce en el derecho familiar un sustento biológico, sin embargo, cuando se alude al presupuesto biológico, no necesariamente se proyecta como única realidad constituyente de la figura jurídica, es decir, es dable que existan discordancias entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico. Por ejemplo en el derecho antiguo, los hijos adulterinos e incestuosos legalmente no tenían padre ni madre, hasta que éstos los reconocieran voluntariamente, sin embargo, ello no quería decir que estos hijos biológicamente no hubiesen provenido de la conjunción de dos seres humanos, en estos supuestos el derecho siguiendo determinadas pautas éticas y sociales, ya superadas, negaba trascendencia a la realidad biológica de la procreación.²⁰⁶

En este sentido se puede concluir que "la realidad jurídica tiene sustento y creatividad propias. La ley atribuye un vínculo jurídico paterno-filial (y en su caso familiar, en el supuesto de la adopción plena o legitimación adoptiva) en casos de que juzga ética y

²⁰⁵ Ob. Cit. Pág. 118.

²⁰⁶ "Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas". Ob. Cit. Pág. 35.

socialmente beneficiosos crearlo.²⁰⁷ Es decir, como sostiene Zannoni "el orden jurídico, a través del legislador, no es un ciego receptor de circunstancias externas. ... Las instituciones jurídicas familiares se captan en la constitución de relaciones cuya base biológica constituye objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de la cultura."²⁰⁸

Sin embargo, el legislador de 1928 al redactar el Código Civil, determinó que el establecimiento de la filiación debía estar basado en la generación humana; la cual, hasta hace algunos años sólo era posible a través del encuentro sexual de la madre y el padre. El coito era la única forma en que un hombre podía fecundar a una mujer, y por lo tanto producir el consecuente embarazo y parto. Por lo que fueron estos tres hechos naturales (relación sexual, embarazo y alumbramiento), los que fundaron la legislación en materia de filiación de aquella época, y los que nos continúan rigiendo en la actualidad.

Por otro lado y en relación a la fijación de la paternidad, Jaime Vidal Martínez, sostiene que todos los sistemas jurídicos contemporáneos, siguiendo la tradición romana, la determina con base en la verdad genética, "partiendo de un período mínimo y otro máximo para la gestación, se soslaya la cuestión de la paternidad con exclusión de pruebas biológicas, conectando la legitimidad al nacimiento dentro de unos plazos taxativamente fijados, si la concepción fue antemrimonial se exige además que de algún modo conste la voluntad en tal sentido del marido o que éste conociera el embarazo con anterioridad a la celebración del matrimonio. En los supuestos normales de concepción intramatrimonial la legitimidad sólo puede ser descartada cuando la cohabitación de los cónyuges en el período legal de concepción no fue posible. A tal efecto, la más mínima posibilidad de paternidad marital será defendida por el legislador incluso frente a pruebas abrumadoras que evidencien lo contrario. Incluso, habiendo nacido el hijo más allá del límite extremo del

²⁰⁷ Ibidem. Pág. 37.

²⁰⁸ Ibidem. Pág. 38.

plazo legal, todavía podrán la madre y el hijo apurar esa mínima posibilidad de establecer la legitimidad justificando la paternidad del marido.”²⁰⁹

En conclusión, podemos afirmar que, el uso de las técnicas de reproducción artificial humana, supera en algunos casos estos criterios, por lo que el jurista se encuentra obligado a determinar los resultados a que puede conducir el uso de estas técnicas, así como la aplicación que tienen la normatividad vigente o bien las modificaciones que son necesarias en una futura legislación.

1. La Inseminación Artificial

A).- Homóloga

Tratándose de este supuesto considero que al utilizarse los componentes genéticos de los miembros de la pareja, son ellos los progenitores biológicos del menor y además serán los progenitores legales, al asumir la paternidad una vez que se produzca el nacimiento, por lo que resulta intrascendente el empleo de un método distinto al natural para lograr la concepción, además que el hijo quedará vinculado en la naturaleza y en la ley a sus progenitores, que a su vez están unidos entre sí por relaciones matrimoniales o de concubinato.

Respecto a la filiación matrimonial, Zannoni opina que “el medio utilizado para lograr la concepción del hijo es indiferente -de *lege lata*- siempre que en tal concepción intervengan exclusivamente los componentes genéticos del marido y la mujer y que ella acaezca durante el matrimonio.”²¹⁰ Ya que se dan los dos supuestos fundamentales para la filiación matrimonial; la exigencia biológica entre padres e hijos y la exigencia institucional de que sus padres se encuentren unidos en matrimonio.

²⁰⁹ “El Hijo Legítimo su concepto y determinación en el Código Civil Español”. Ob. Cit. Pág. 207.

²¹⁰ “Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas”. Ob. Cit. Pág. 40.

En principio, no ofrece dificultades la admisión de esta práctica, ni sus consecuencias resultan problemáticas, toda vez que, la filiación del hijo concebido mediante inseminación artificial homóloga, se determina respecto de la madre por el hecho del parto, y respecto al padre operan las presunciones de paternidad establecidas por el artículo 324 del Código Civil, por lo que hace al matrimonio, adquiriendo el hijo el carácter de matrimonial y por el artículo 383 cuando se trate de una relación de concubinato, en donde el hijo tendrá el carácter de extramatrimonial.

Como se comentó con antelación, la Ley General de Salud dispone que es indispensable para realizar la inseminación artificial, tanto el consentimiento de la mujer como de su cónyuge, sin embargo, no se especifican las consecuencias civiles que provocaría la falta de dichos consentimientos.

Por otro lado, de manera más específica e incluyendo a la relación de concubinato, el artículo 43 del Reglamento de Investigación para la Salud, dispone que para la práctica de cualquier técnica de fertilización asistida, se requiere de una carta de consentimiento informado de la mujer y su cónyuge o concubinario. Pero *¿Según el Código Civil vigente, qué consecuencias provocaría la falta de este consentimiento?*

Considero que respecto de la mujer, penalmente se tipifica un delito en términos de la Ley General de Salud, sin embargo, en el campo del derecho familiar, la falta de consentimiento no es obstáculo para que, tanto biológica como jurídicamente sea considerada madre del menor que nazca como resultado de la inseminación artificial, toda vez que dicha maternidad se determina legalmente por medio del parto, independientemente de su voluntad para procrear. (Art. 360 del Código Civil)

Respecto del padre, el hecho de que se insemine homológamente una mujer, sin o en contra del consentimiento de su esposo o concubino, atenta gravemente contra un derecho altamente personal del sujeto que es el de procrear, sin embargo, ello no es impedimento para que se le atribuya legalmente la paternidad del menor con quien tiene un vínculo

biológico además de jurídico, ya que el hecho de que no haya tenido la voluntad de procrear, no significa que el menor que nazca no sea su hijo, en virtud de que nuestro actual ordenamiento civil determina la filiación con base en el vínculo biológico y no en la voluntad procreacional.

Desde mi punto de vista, la inseminación artificial homóloga, únicamente podría originar conflictos, es el supuesto de la inseminación producida a distancia (teleinseminación), o en caso la impotencia "*coendi*" sobrevenida por parte del marido. En ambos casos el problema surgiría cuando el marido pretendiera impugnar la filiación del hijo, alegando la imposibilidad física de acceso carnal.

Al respecto opina Batlle, "la presunción contraria a la paternidad favorece al marido en el caso de ausencia, pero adviértase que el código habla de acceso del marido a la mujer y ello debe entenderse en el sentido de 'vera cópula', porque lo contrario sería darle a la ley un amplio sentido en esta materia que por ser odiosa debe ser objeto de interpretación restrictiva y que no favorezca la realización de una práctica inhumana."²¹¹

En sentido contrario Jaime Vidal Martínez sostiene que; ni la impotencia sobrevenida del marido ni la inseminación dirigida a distancia dan origen a "la impugnación de la legitimidad en base al artículo 108-2 (Art. 324 del Código Civil), si se prueba que hubo inseminación artificial homóloga ... ¿Por qué? Por ser dicho precepto susceptible de interpretación extensiva plenamente, de acuerdo con los principios que rigen esta materia. El juez en estos casos deberá entender que hubo 'acceso entre marido y mujer' y rechazar la acción de impugnación. Estamos convencidos de que esta solución no es corregir la ley, sino interpretarla conforme su auténtico sentido, en un caso realmente no previsto por el legislador."²¹²

²¹¹ Cit. por Flores García, Fernando. "La Inseminación Artificial en la Especie Humana". En: *Criminalia*. Edit. Porrúa. S.A., Año XXI Número 6. Junio. 1955. México, D.F. Pág. 371.

²¹² "El Hijo Legítimo su concepto y determinación en el Código Civil Español". Ob. Cit. Págs. 208-209.

Por su parte Chávez Asencio, sostiene que cuando exista contrato de inseminación artificial, éste imposibilita al padre a desconocer al hijo nacido por estos medios, aún cuando haya existido imposibilidad física de acceso carnal con su esposa (por ejemplo en los casos de impotencia o teleinseminación), resultando inaplicables los artículos 325 y 326 del Código Civil; además que el hijo podría probar su filiación por cualquier medio de prueba, en términos de lo establecido por el artículo 341 del Código Civil.²¹³

Al respecto considero que las normas relativas al estado de familia, son de orden público y de aplicación estricta, por lo que, según el Código Civil vigente, el marido que haya consentido en la inseminación homóloga de su esposa, en los supuestos de teleinseminación o de impotencia sobrevenida, puede victoriosamente combatir contra su propia paternidad, basándose en la falta de acceso carnal con su mujer durante el período legal de concepción, por lo que, aún cuando se probase la identidad del semen y las prácticas inseminatorias, prosperaría la acción de desconocimiento, resultando en tal supuesto, burlado el mismo Código Civil.

En conclusión, considero que la inseminación artificial homóloga no requiere una regulación especial, salvo los casos de teleinseminación o de impotencia "*coendi*", en donde se deberá modificar los textos legales, a fin de que a estos dos supuesto también se les proteja con la presunción de paternidad legal.

B).- Heteróloga

Este tipo de inseminación es la que causa mayores estragos, en cuanto a la determinación de la filiación, ya que, hay una ausencia del elemento genético en que se funda la relación filial del padre con el hijo. Al respecto Vidal Martínez, afirma que "cuando la mujer es inseminada artificialmente utilizando semen procedente de un hombre

²¹³ "*La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*". Ob. Cit. Págs. 47-48.

que por hipótesis no va a asumir la paternidad del hijo, se ésta creando una disociación de forma deliberada entre la paternidad biológica y la legal, que obviamente no atiende a los intereses del hijo.”²¹⁴

En este supuesto, existe la certeza de que en la procreación no intervino el semen del marido o concubino de la madre, por lo que, considerando que la presunción de paternidad matrimonial admite prueba en contrario, y que, la obtención de la verdad biológica constituye uno de los fundamentos de la regulación de la filiación en el Código Civil vigente, se origina un conflicto que sólo es salvable mediante un cambio en los textos legales.

Aquí habrá que distinguir dos casos: Por un lado, el hecho de que la inseminación se haya practicado sin o en contra del consentimiento del marido o concubino, o bien mediando dicho consentimiento, dejando claro, que según la Ley General de Salud y su reglamento, una mujer requiere del consentimiento de su marido o concubino, para ser inseminada.

a).- En mujer casada con consentimiento del cónyuge

En primer lugar, exista o no consentimiento del cónyuge, la maternidad será determinada por medio del parto, en términos de lo establecido por el artículo 360 del Código Civil, sin que haya mayor problema ya que habrá coincidencia entre el vínculo biológico y el jurídico.

Respecto de la paternidad, considero que, si el hijo nace después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo por nulidad, divorcio o muerte del cónyuge, su filiación será atribuida en favor

²¹⁴ “Las Nuevas Formas de Reproducción Humana: Estudio desde la Perspectiva del Derecho Civil Español”. Ob. Cit. Pág. 148.

del marido de la madre, aún cuando no sea suyo el semen fecundante, en virtud del principio "*pater est quem justae nuptiae demonstrat*". Varios son los autores que justifican esta solución legal, en la semejanza que existe con el supuesto de, quién se casa con una mujer embarazada, sabiendo que el hijo no es suyo; o bien quién a sabiendas del adulterio cometido por su mujer decide no desconocer al hijo.

Aparece aquí un tema que ha suscitado polémica entre los doctrinarios, y es precisamente el hecho de que pueda atribuirse legalmente la paternidad de un hijo a un hombre con el que no exista vínculo biológico, por lo que al respecto, cabe preguntarse: *¿Puede la voluntad de la pareja solicitante de una técnica de reproducción artificial humana -en especial la del marido que haya consentido la misma-, dar origen al vínculo filial, es decir, puede dicho acuerdo de voluntades originar una nueva fuente de filiación?*

Para dar respuesta a este cuestionamiento, Díaz de Guijarro creó su teoría sobre la voluntad procreacional, la cual sostiene que la voluntad es la base de la relación jurídica familiar de la filiación. Pero esta intención puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo; en la voluntad procreacional -es decir, unión sexual con intención de procrear y, aunque parezca paradójico, en la voluntad procreacional sin unión sexual -. ²¹⁵

Rivero Hernández, defensor de esta teoría sostiene que, "el elemento más relevante en la determinación de la filiación, como categoría jurídico-formal, del niño nacido por fecundación artificial, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera: no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos biológicos, pueden ser sustituidos todos. ... Lo que nadie puede suplir, en cada caso concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad, en ese sentido de una pareja, casada o no -excepcionalmente, si ha lugar de una mujer sola-, y sólo el. El hijo

²¹⁵ Cit. Por. Soto Lamadrid, Miguel Ángel. Ob. Cit. Págs. 68-70.

nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante, sin ella ese hijo no hubiera existido.”²¹⁶

Dentro de la doctrina mexicana, Villalobos Olvera opina que “en un sistema cerrado de filiación como el nuestro, que se rige por presunciones que sólo pueden destruirse en las hipótesis limitativamente enumeradas en la ley para impugnar la paternidad, en el que únicamente el esposo, mientras viva, puede reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio y en el que se establecen plazos brevísimos para hacerlo, parece dar relevancia a la voluntad del marido como fuente de filiación.”²¹⁷

Sin embargo, - concluye el autor -, los casos en que permite la ley reconocer a un hijo sabiendo que no es suyo, o bien afiliar al producto del adulterio de su cónyuge, por el sólo hecho de no ejercitar la acción de desconocimiento correspondiente, son casos de excepción a la regla general basada en el vínculo biológico entre procreantes y procreados, sin que por ello pueda válidamente afirmarse que la voluntad del progenitor sea reconocida por la ley vigente como fuente de filiación, “lo que en realidad sucede, es que la renuncia al ejercicio de la acción contradictoria constituye sólo el supuesto para que operen las presunciones establecidas por la ley y, que como consecuencia, quede, por disposición de ésta, determinada jurídicamente la filiación. El sistema cerrado más que dar preponderancia a la voluntad, tiende a proporcionar seguridad a los vínculos paterno filiales y a proteger la estabilidad de la familia.”²¹⁸

En mi opinión, en nuestro actual sistema legal, no tiene aplicación la teoría de la voluntad procreacional, en virtud de que, la normas de filiación se basan en la existencia del

²¹⁶ “La Investigación de la mera Relación Biológica en la Filiación derivada de Fecundación Artificial”. II Congreso Mundial Vasco. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. “La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana”. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988. Pág. 146.

²¹⁷ Ver. “Reproducción Asistida en Humanos”. En: *Lecturas Jurídicas*. Número 83. Enero - Marzo. 1993. Chihuahua, México. Pág. 96.

²¹⁸ *Ibidem*. Pág. 97.

vínculo biológico, con independencia de la voluntad del progenitor. Así tenemos casos, en que independientemente de que el sujeto tenga o no la voluntad de concebir, la ley le atribuye la paternidad o maternidad que biológicamente le corresponde. Por ejemplo, en el supuesto de la violación, aún cuando el violador no tenga la voluntad de procrear, si la mujer violada resulta embarazada, el delincuente será el padre, aún cuando este no hubiese querido el embarazo de su víctima. Otro ejemplo se da en cualquier tipo de inseminación sin consentimiento de la mujer.

Sin embargo, considero que con la aplicación de estas técnicas de reproducción artificial humana, y sobre todo en aquellas en que medie donante, la voluntad tendrá un papel importante en la determinación de la filiación de los hijos, por lo que será conveniente orientar en este sentido una futura legislación.

En el mismo sentido, Soto Lamadrid sostiene que "para que la voluntad del marido en este tipo de concepción, signifique la determinación de una relación jurídica de filiación, el orden legal debe darle el interés suficiente para lograr el emplazamiento. El niño, entonces, tendrá derecho a que se reconozca su vínculo con el esposo de la madre y a conservar dicha relación filial. Se trataría de un caso de discordancia entre el vínculo biológico y el social que la ley reconocería, privilegiando el rol paterno del marido; podría considerársele como un efecto del matrimonio y una nueva fuente de la legitimidad."²¹⁹

En conclusión, según el Código Civil vigente, la voluntad de dos personas no puede dar origen al vínculo filial, ya que nuestra legislación en materia de filiación tiene una base biológica, por lo que será hasta que exista una norma que contemple, para los casos de reproducción asistida heteróloga, la voluntad procreacional como fuente de filiación, en que ésta pueda ser determinada con base en el consentimiento otorgado por el cónyuge para la inseminación de su esposa, y que además en aras de la estabilidad jurídica los lazos filiales, impida a la pareja, probar el verdadero vínculo biológico paterno.

²¹⁹ Ob. Cit. Pág. 79.

La afirmación anterior, nos conduce a otro cuestionamiento: *¿El consentimiento otorgado por el cónyuge para la inseminación artificial de su esposa, le priva del derecho para ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad?*

A la luz de la legislación civil vigente, el marido podrá desconocer la paternidad del hijo nacido de matrimonio, si demuestra que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer durante el período legal de concepción (los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento), por lo que, por ejemplo, si el cónyuge que ha otorgado su consentimiento para la inseminación heteróloga de su esposa, durante el período legal de concepción, por motivos de trabajo tiene que separarse físicamente de ella, podrá legalmente desconocer la paternidad del hijo, aún cuando haya dado su consentimiento para el uso de dicha técnica, alegando la imposibilidad de acceso carnal.

Sobre la solución a este problema legal, la doctrina se encuentra dividida, así algunos opinan que el esposo puede impugnar la paternidad, en virtud de que debe darse prevalencia absoluta al elemento genético, en consecuencia, aún cuando el marido haya dado su consentimiento para la inseminación heteróloga de su esposa, al no ser padre biológico, deberá tener siempre expedita la vía para el desconocimiento, ya que, tiene primacía el principio de la verdad biológica.²²⁰

En sentido opuesto, otro sector de la doctrina sostiene que, habiendo mediado consentimiento del marido para la inseminación, no debe ser posible el desconocimiento del hijo, es decir, debe restringirse el ejercicio de la acción de impugnación o desconocimiento de paternidad, a quién consienta la inseminación heteróloga de su mujer con fundamento en teoría de los actos propios.

²²⁰ Carbajo González, J. "El Principio de Verdad Biológica y las Relaciones de Filiación Derivadas de la Inseminación Artificial y la Fecundación in vitro: El Anonimato del Dador. II Congreso Mundial Vasco. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. "La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana". Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988. Págs. 402-403.

La teoría de los actos propios previene que "a nadie le es lícito ir contra sus propios actos cuando éstos son expresión del consentimiento de quien los ejecuta y obedecen al designio de crear, modificar, extinguir, relaciones de derecho. Es decir, cuando se trata de actos jurídicos que causan estado, definiendo en una forma inalterable la posición jurídica del autor."²²¹

Sobre esto, Chávez Asencio opina que esta teoría no es aplicable cuando se contrarían las leyes del orden público y las buenas costumbres, es decir, para que tenga aplicación la teoría de los actos propios, debe haber licitud en el acto propio. De lo contrario no obliga a quién expresa el consentimiento, independientemente de los daños y perjuicios que pueda causar como acto ilícito. En consecuencia, como la inseminación artificial heteróloga disocia lo genético de los obstétrico, es ilícito por ser contrario a las normas del orden público y a las buenas costumbres.²²²

Al respecto, pienso que, dejando al margen el aspecto moral de este tipo de inseminación, y no obstante que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, contempla el uso de técnicas heterólogas, previo consentimiento del marido, para nuestra legislación, el consentimiento otorgado por el cónyuge para la inseminación heteróloga de su esposa, no tiene eficacia vinculatoria, en virtud de que éste podrá desconocer al hijo, siempre que acredite la imposibilidad física de acceso carnal con su mujer, durante el período legal de concepción, aún cuando haya otorgado su consentimiento para tal práctica, por lo que no opera la teoría de los actos propios en virtud de que existe un dispositivo legal (de base biológica), que expresamente faculta al marido a desconocer al hijo.

Esta solución que otorga el ordenamiento legal no me parece justa ni razonable, ya que, un marido que en principio consiente en la realización de la inseminación heteróloga a su esposa, y posteriormente rehusa asumir dicha paternidad, esta actuando contra sus

²²¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Edit. Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1987. Pág. 440.

²²² "La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales." Ob. Cit. Pág. 50.

propios actos, y en toda caso, actúa contra la buena fe que debe presidir el ejercicio de cualquier acción; además, con dicha actitud, evidentemente perjudica a la mujer y al menor producto de la concepción artificial, ya que lo convierte en hijo extramatrimonial y de padre desconocido.

En consecuencia, considero que para resolver este cuestionamiento se impone necesaria, una reforma al Código Civil, en el sentido de que se reconozca expresamente el efecto vinculante de la voluntad de los usuarios de las técnicas, a fin de que se impida al marido desconocer judicialmente el vínculo paterno filial que en su caso se haya establecido, es decir, sugiero se permita a los cónyuges revocar su consentimiento para la práctica de la inseminación hasta antes de la concepción del hijo, convirtiéndose desde ese momento en irrevocable, con lo cual, quedaría protegida su garantía constitucional sobre la libertad procreacional, que consagra el artículo 4º de nuestra Carta Magna, en consecuencia, se prohibiría el ejercicio de cualquier acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad que pretendiera ejercitar el marido.

En este sentido cabe preguntarse *¿El consentimiento otorgado por los cónyuges para la inseminación artificial heteróloga, priva al hijo del derecho de impugnar contra su paternidad e investigar su origen genético.?*

En primer lugar, actualmente sólo el padre tiene la acción de desconocimiento o impugnación de la paternidad, o, en forma subsidiaria sus herederos, en las condiciones que establece el Código Civil. En consecuencia, un hijo no tiene acción para impugnar contra su paternidad, establecida con base en las presunciones legales, sin embargo, esa acción si la tendrán los herederos de su padre.

Por otro lado, la acción de investigación de paternidad corresponde únicamente a los hijos extramatrimoniales, y no a los que se benefician con la presunción de paternidad matrimonial, por lo que, el hijo concebido por inseminación artificial heteróloga, no podrá

investigar su origen genético, mientras no exista una sentencia ejecutoriada, en donde el marido de su madre lo desconozca.

Lo que desde luego, no acontece en el caso del concubinato, ya que, al tener el carácter de hijo extramatrimonial, en caso de que lo desconozca el concubino de su madre, el sí podría legalmente investigar su origen genético.

Llegamos a otro problema que ha causado gran polémica, y cuyo origen se encuentra en la participación de un tercero en la procreación de un matrimonio o concubinato, lo que, abiertamente separa el vínculo biológico con el jurídico. Por lo es pertinente cuestionarse *¿Tiene derecho el hijo producto de una inseminación artificial heteróloga a conocer su origen genético?*

Respecto a este cuestionamiento, una parte de la doctrina opina que la investigación de la paternidad biológica es un derecho de la personalidad, por lo tanto, el hijo debe conocer su origen genético; mientras otros sostienen, que debe prevalecer el anonimato del donante en apoyo al derecho a la intimidad del propio donador, así como de la pareja que se ha sometido a esta técnica.

Casi la totalidad de la legislación extranjera se inclina en favor del anonimato de los donantes, en virtud de que "el peso psicológico de la mujer y el marido sería a menudo menor, por lo que el matrimonio no estaría tan expuesto al peligro. De esta manera, por otra parte, el dador, que quisiera relacionarse con el niño nacido de sus espermatozoides, no podría 'asaltar' el matrimonio."²²³

La corriente doctrinaria que pugna en contra del anonimato del donante, afirma que "la neutralización total de la carga psicológica de la mujer y el marido es imposible. El peligro psicológico para el niño sería mayor si se enterara de su origen 'anónimo'. Aquí se

²²³ Lüttger, Hans. Ob. Cit. Pág. 22.

daría -en opinión de los sostenedores de esta posición- inclusive la posibilidad de que el niño 'extrañara filogenéticamente', es decir, que durante su vida se dedicara a averiguar quien es su padre."²²⁴

En un apostura intermedia, Lledo Yagüe opina que "debe permitírsele al hijo, llegado a la mayoría de edad o emancipación, conocer la identidad genotípica de su progenitor y, con el consentimiento de éste, su propia personalidad; pero sin que pudiera pretenderse por ninguna de las partes afectadas incoar un proceso de determinación legal de la filiación."²²⁵

Según el Código Civil vigente, en caso de que la paternidad del marido de la madre, haya sido legalmente impugnada, considero, que el hijo al adquirir el carácter de extramatrimonial, puede investigar su paternidad respecto del hombre que aportó su semen para la concepción, con fundamento en lo establecido por la fracción IV del artículo 382 del Código Civil.

En efecto, dispone el precepto legal antes invocado, que el hijo nacido fuera de matrimonio puede investigar su paternidad, cuando tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, por lo que, el expediente clínico junto con la carta de consentimiento informado, de donde se desprenda el origen del semen y las prácticas inseminantes, constituyen un principio de prueba, en la cual se podrá fundar el hijo para ejercitar su acción en contra del donante, por lo que una vez que hijo acredite el vínculo biológico con el donante, se determinará en favor de éste su filiación extramatrimonial paterna.

Es decir, en el supuesto de que exista sentencia ejecutoriada que declare que el hijo no es del cónyuge de la madre, legalmente puede el hijo investigar su paternidad en contra del donante, ya que, mientras que en la legislación vigente, prevalezca el vínculo biológico

²²⁴ *Ibidem*. Pág. 522.

²²⁵ *Ob. Cit.* Pág. 33.

como fuente originaria de la filiación -fuera del caso excepcional de la adopción-, el donante podrá ser considerado padre de la criatura, -independientemente del obstáculo extrajurídico del anonimato- y aún cuando no exista la voluntad procreacional de su parte, responderá de todas las cargas que el vínculo paterno filial le impone, no obstante que haya renunciado expresamente a éste, en virtud de que se trata de derechos irrenunciables y respecto de los que no puede haber transacción ni compromiso en árbitros.(Art. 338 del Código Civil).

Si por el contrario; el marido de la madre no desconoce al hijo, aún cuando no exista nexo biológico, legalmente quedará establecida entre ellos la relación paterno filial, y en este supuesto, al donante le estaría vedado contradecir esta paternidad legalmente establecida, pero no porque exista una prohibición expresa, sino porque el esposo de la madre se encuentra en una situación privilegiada legalmente.

Pero mientras no se legisle en uno u otro sentido, serán las autoridades jurisdiccionales las que tendrán que decidir el conflicto entre la regla del anonimato de los donantes y el principio de veracidad genética de la paternidad, en una acción de investigación de la misma.

Lo anterior, en virtud de que, en nuestra legislación vigente, no existe ningún precepto legal que proteja el anonimato del donante de semen, ni que lo releve de sus responsabilidades paterno filiales (salvo por el secreto profesional del médico que ha practicado la inseminación artificial), por lo que considero existe un vacío legal en este sentido, porque, por un lado se encuentra permitida la aplicación de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en su modalidad de heteróloga, y por el otro, no se otorga ninguna clase de protección al donante del semen, cuya voluntad no es asumir una paternidad, sino exclusivamente hacer una acción altruista -hasta cierto punto-, facilitado su líquido seminal a otras personas, para que puedan cumplir con su deseo de ser padres.

En este sentido, desde mi punto de vista, es necesaria una modificación en los textos

legales, en donde, se proteja tanto los intereses de los hijos, como los de la pareja que consienta la inseminación e incluso los del propio donante, concediendo al hijo el derecho de investigar su origen genético, sin que ello signifique que pueda haber desplazamiento de la filiación legalmente adquirida, en consecuencia deberá determinarse la inexistencia de cualquier vínculo jurídico entre el donante y el hijo producto de la inseminación.

Paralelamente al anterior cuestionamiento, cabe preguntarse si, *¿Tiene derecho el donante a reclamar su paternidad?*

En primer término, nuestro Código Civil prohíbe expresamente que se atribuya a una mujer casada un hijo de persona distinta a su marido, salvo que exista sentencia ejecutoriada en donde se declare que el hijo no es de su esposo.

Por su parte la doctrina extranjera y la legislación que se ha elaborado en esta materia, determinan que, el donante carece de derecho para reclamar la paternidad del hijo y ni siquiera para conocer su identidad, ya que solo así, el donante no adquiere obligaciones respecto del nacido, y no reivindica derechos en detrimento de los que hubiesen adquirido los padres legales.

En mi opinión, si el donante consintió entregar su semen para que fuera utilizado por una pareja infértil, si bien, puede reclamar que el hijo es biológicamente suyo, por ser su semen el que fecundó a la madre, deberá, en cambio reconocer, que el hijo no es ni voluntaria ni institucionalmente suyo. En consecuencia, debería existir una disposición legal en donde se le prohíba a un donante reclamar su paternidad, en virtud de que al desprenderse de su semen y entregarlo, abdicó voluntariamente de su paternidad jurídica.

b).- En mujer casada sin consentimiento del cónyuge

Con respecto a esta hipótesis, Villalobos Olvera opina que "la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para la inseminación homóloga o heteróloga, se desprende de lo dispuesto en el Art. 4º Constitucional. ... Puesto que tal ordenamiento concede a los esposos el derecho a decidir de común acuerdo sobre el número y espaciamiento de los hijos."²²⁶

Por otro lado, considero que a la luz del derecho civil e independientemente de que haya prestado o no su consentimiento el marido, para la inseminación artificial heteróloga de su esposa, la paternidad de los hijos habidos por mujer casada, se atribuye en principio a su esposo, operando la presunción de paternidad establecida por el artículo 324 del Código Civil, por lo que el hijo será considerado matrimonial y la paternidad será atribuida al esposo de la madre.

Sin embargo, el artículo 325 del Código Civil, establece que contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Resulta evidente la inoperancia de este dispositivo legal, en el caso de una inseminación artificial heteróloga practicada sin consentimiento del marido, ya que para que éste pueda desconocer la paternidad de ese hijo, tendrá que acreditar cualquiera de los siguientes supuestos:

a).- La imposibilidad de acceso carnal con su esposa, durante el período legal de concepción;

b) Que haya existido adulterio de la esposa y que se le haya ocultado el nacimiento, o que, el marido demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. "No bastaría para poder impugnar la paternidad que se probase el adulterio de la cónyuge y, más aún, que esta manifestase que el hijo no es de su

²²⁶ Ob. Cit. Pág. 104.

esposo; la ley exige, en forma acumulativa, el adulterio probado más alguno de los extremos previstos, es decir, la ocultación del nacimiento o la falta de conjunción carnal durante los diez meses anteriores al mismo.²²⁷

Pensemos, en el caso de que el cónyuge que no sea estéril, se va de viaje, y durante su ausencia su mujer sin consultárselo se hace inseminar con semen de un donante; el marido, desconociendo totalmente este hecho, regresa dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento del hijo, y continua haciendo vida marital con su esposa, luego entonces, al tener acceso carnal con su mujer durante el periodo legal de concepción, se encuentra imposibilitado para ejercitar la acción de desconocimiento del hijo, aún cuando pueda acreditar fehacientemente (por ejemplo con el expediente médico) el origen del semen que fecundó a su mujer, así como las prácticas inseminantes.

Consecuentemente, no tendrá forma legal de contradecir la paternidad del hijo producto de la inseminación artificial, aún cuando ésta haya sido practicada sin o en contra de su consentimiento, porque las normas sobre filiación son de orden público y de interpretación estricta, de modo que, aunque se acredite la existencia de la técnica artificial y aún cuando hubiera pruebas biológicas que acrediten que entre ellos no existe vínculo biológico, ello carecería de relevancia jurídica, ya que la presunción legal de paternidad operaría, otorgando al padre todos los derechos y obligaciones paterno filiales respecto del hijo.

Al respecto opina Raymond Rambaur, "el carácter draconiano que presenta con respecto al marido esta paternidad de oficio impuesta por la ley en interés de la cohesión de las familias (ejes de nuestra concepción social) se va agravar singularmente por efecto de la intrusión del procedimiento de heteroinseminación en el dominio biológico de la

²²⁷ Ver. García Mendieta, Carmen. "La Filiación: Problemas Jurídicos Actuales." Pág. 310.

generación: una vez más se verifica la interdependencia estrecha de la Ciencia y del Derecho.”²²⁸

En este sentido, considero se debe hacerse una reforma legislativa, en donde se conceda al cónyuge el derecho de impugnar la paternidad del hijo, por medio de cualquier tipo de prueba -sobre todo las biológicas-, a fin de acreditar la inexistencia del vínculo genético, en el supuesto de que su esposa haya hecho uso de la inseminación artificial sin o en contra de su consentimiento.

2. La Fecundación *in vitro*

A).- Homóloga

En este caso, vale la pena aclarar que lo analizado para el caso de inseminación artificial homóloga, resulta aplicable también para este supuesto, es decir, “para la fecundación extracorpórea -o *in vitro*- las soluciones legales a cerca de la filiación son las mismas que para la inseminación artificial. El hecho de que la fecundación se realice en el claustro materno o fuera de él no cambia en nada, para la ley, en lo que al hijo respecta.”²²⁹

Por lo que, cuando los solicitantes de la técnica, sea una pareja casada entre si o unida por concubinato, y haya solicitado y aceptado la fecundación extracorpórea con sus propios gametos, quedan obligados por el nacimiento en los mismos términos que si el hijo hubiera sido concebido sin ayuda médica, ya que, para efectos de determinar la filiación resulta intrascendente el hecho de que la concepción se haya realizado *in vitro*, siempre y cuando hayan participado los componentes genéticos de los cónyuges o concubinos.

²²⁸ “*El Drama Humano de la Inseminación Artificial*”. Traducción del Francés por Baldomero Cordon Bone. Edit. Impresiones Modernas, S.A. México. 1953. Pág. 73.

²²⁹ Ver. García Mendieta, Carmen. “La Filiación: Problemas Jurídicos Actuales.” Pág. 314.

Así, la maternidad se determinará por medio de parto en favor de la mujer que de a luz al hijo, con base en lo establecido por el artículo 360 del Código Civil, mientras que respecto de la paternidad operarán las presunciones de paternidad legal establecidas por el artículo 324 del Código Civil en relación al matrimonio y 383 en relación al concubinato, por lo que se imputará la paternidad del hijo favor del marido o concubino de la madre.

Al respecto, Bercovitz y Rodríguez -Cano, opina que en este caso, "se trata de una filiación que, en principio, resulta incluso más firme que la filiación matrimonial normal, puesto que la presunción de paternidad puede respaldarse en cualquier momento (si ello es necesario) con el historial clínico o expediente de la inseminación artificial llevada a cabo, es decir, con una prueba directa de la generación, de la autoría y momento de la misma. Junto con el expediente médico, lo normal es que conste el consentimiento de los cónyuges y concretamente del marido. No obstante, si dicho consentimiento faltase, conviene precisar que ello es irrelevante para cuestionar el carácter matrimonial de la filiación en cuestión."²³⁰

Sin embargo, existe la posibilidad de que, en caso de impotencia *coendi* del marido o teleinseminación, -al igual que en la inseminación homóloga- el marido alegando su imposibilidad física de acceso carnal con su esposa durante el período legal de la concepción, pudiera legalmente, desconocer la paternidad de ese hijo, aun cuando hubiese dado su consentimiento y su semen para la fecundación artificial.

En por esto que considero, es necesario hacer una reforma al Código Civil, a fin de proteger a los menores que nazcan de una fecundación artificial homóloga, en los casos de teleinseminación o impotencia del marido, con la presunción legal de paternidad.

B).- Heteróloga

²³⁰ Ob. Cit. Pág. 125.

Aquí, a diferencia de lo que sucede en la inseminación artificial heteróloga, la donación de gametos, puede provenir tanto del hombre (semen) como de la mujer (óvulo), incluso ambos elementos genéticos pueden ser substituidos y realizar el posterior implante al útero de la esposa o de una mujer que preste el suyo.

En este sentido, para efectos de analizar las consecuencias que producen esta hipótesis en materia de filiación, me permito remitir a lo expuesto en relación con la inseminación artificial heteróloga, salvo lo concerniente a la donación de óvulos, que se analizará a continuación y a los problemas derivados de la maternidad subrogada, de los cuales me ocuparé en un apartado especial.

Para efectos del presente análisis, divido los supuestos en que la fecundación extracorpórea, es practicada sin o en contra del consentimiento del marido o bien mediando éste.

a).- En mujer casada con consentimiento del cónyuge

A la luz de la legislación civil vigente, cuando nazca un hijo producto de la fecundación extrauterina realizada a una mujer casada, con algún elemento genético ajeno a la pareja, respecto de su filiación materna operaría la regla "*partus sequitur ventrem*", determinándose por el solo hecho del parto en favor de la mujer que dio a luz el niño, independientemente de que hubiese mediado donación de óvulo.

Respecto de la paternidad, mantiene vigencia la presunción de paternidad de los hijos concebidos por su mujer durante el matrimonio (Art. 324 del Código Civil). Es decir, al afirmarse a priori que, madre es la mujer que parió al hijo, consecuentemente se virtualiza la presunción de paternidad del marido, si el nacimiento se verificó dentro de los términos que hacen presumir que la concepción tuvo lugar durante la vigencia del matrimonio, aun cuando haya existido donación de óvulo y/o de semen.

Por otro lado, en relación a la donación de óvulo, cabe decirse que, actualmente la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa. Los elementos de esta filiación son el parto y la identidad del hijo, por lo tanto, la filiación resulta en relación a la madre por el hecho del nacimiento, en aplicación de la máxima de origen romano, "*partus sequitur ventrem*", es decir, quien ha gestado y parido a la criatura se reputa madre, ya que, el legislador de 1928 no pudo imaginar que un día sería posible disociar el hecho biológico de la concepción y con la gestación, dando origen a la maternidad biológica y la gestacional.

En este sentido, considero que según el derecho civil vigente, será madre la que reciba el óvulo -fecundado o no - y de a luz al hijo, mientras que la donante carece de reconocimiento en materia de filiación. Entonces, conocida la madre biológica no procede su impugnación por falsedad de parto, en virtud de que hubo parto falso, ni por suplantación de infante por que ha habido tal, ya que la mujer que gestó al hijo es la que lo parió, y es la única que tendrá la maternidad legal del menor aun cuando no exista vínculo genético.

Así mismo, resulta evidente, que el principio de origen romano *mater semper certa est* hace crisis, y en la actualidad, deja de ser incuestionablemente un hecho cierto, en virtud de que existe la posibilidad de que la madre que da a luz al hijo no sea la que aportó su material genético. Por esta razón, Barroso Figueroa sostiene que este aforismo, que funciona eficazmente cuando los acontecimientos se desarrollan de manera normal, "ha cumplido ya su función histórica y encontrado límites que no alcanzó a superar, por lo que requiere de remplazo o complemento."²³¹

Sin embargo, considero que su permanencia en nuestra legislación, debe ir en función, de la primacía que queramos otorgar a la maternidad biológica sobre la genética o en un criterio de pura consanguinidad, otorgar primacía a la maternidad genética sobre la biológica. "Finalmente cabe discurrir en coherencia con una intelección de la relación de

²³¹ Ob. Cit. Pág. 24.

filiación mas social, afectiva y cultural en demérito de una concepción puramente biogenética, que madre es la que se comporta como tal.²³²

Respecto de este problema, me inclino por que la maternidad deba seguirse determinando por medio del parto, independientemente de la donación de óvulo, en virtud de que el hecho de que una mujer geste a una criatura, hace que se produzcan entre ellos lazos afectivos mucho más poderosos que los genéticos, ya que es precisamente la madre gestante -y no la biológica- la que otorga la vida al hijo, al mantenerlo en su claustro durante nueve meses, alimentándolo material y afectivamente.

Ya Zannoni afirma que para resolver esta cuestión "la ley puede anteponer, en miras al interés del hijo -y sobre todo en salvaguarda de la certeza del estado familiar- la determinación de la maternidad por el parto, sin admitir, en ningún caso, impugnaciones que se funden en determinaciones biológicas derivadas de fertilización mediante óvulos donados."²³³

Es decir, desde mi punto de vista, la determinación de la filiación materna, no debe depender de la voluntad de la donante del óvulo, ni de la mujer que lo recibe, ni de su marido, en su caso. La maternidad debe continuar siendo determinada por el hecho del parto; sin que quepa, impugnación de la misma, por donación de óvulo o subrogación materna.

b).- En mujer casada sin consentimiento del marido

²³² Lledo Yagüe, Francisco. "El Alquiler de Úteros y el Problema de las Madres Sustitutas o por Encargo". II Congreso Mundial Vasco. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. "La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana". Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988. Pág. 327.

²³³ "Derecho Civil. Derecho de Familia". Tomo 2. Ob. Cit. Pág. 497.

En este caso, la maternidad será determinada por el parto, aun cuando exista donación de óvulo, y respecto de la paternidad opera la presunción de paternidad matrimonial, a pesar la fecundación extracorpórea se haya realizado sin o en contra de consentimiento.

Sin embargo, reitero que debe haber una adecuación en el Código Civil, a fin de permitir al marido desconocer al hijo que haya nacido por fecundación *in vitro* heteróloga de su esposa, sin su consentimiento.

3. La Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro* en Mujer Soltera

La aplicación de la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea, a mujeres solteras -incluidas las viudas o divorciadas-, continua siendo tema de debate por parte de la doctrina, sin embargo, la gran mayoría se pronuncia por un rechazo total. Zannoni afirma que, "la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración independiente de la función institucional que ella cumple socialmente. Por lo tanto, no debe negarse al hijo los beneficios de una familia completa, máxime si tomamos en cuenta que las técnicas de reproducción asistida heterólogas tienen una finalidad terapéutica, pero no pueden en modo alguno ser sistemas de procreación alternativos del normal."²³⁴ En el mismo sentido se han pronunciado Andorno, Silva Ruiz y Chávez Asencio.

En oposición a esta corriente doctrinaria, existe la que "se apoya en la realidad de que las madres solteras son aceptadas cada vez más por la sociedad y que una mujer se puede encontrar en diversas situaciones: desde aquélla poco agraciada y que jamás a podido atraer a un varón, lo que ya es una situación penosa; hasta la independiente que decide,

²³⁴ *Ibíd.* Pág. 486

pudiendo no casarse, sí ser madre. Incluso las pudorosas incapaces de entregar su intimidad a un hombre, pero sí someterse a una intervención médica.²³⁵

Respecto de este problema considero que, si bien es cierto que, la razones que aducen los doctrinarios a favor de la fertilización asistida a mujeres solteras, no son del toda válidas, también lo es que, por lo menos, en nuestra legislación el derecho a procrear de una mujer soltera se encuentra protegido por el artículo 4º Constitucional.

Desde mi punto de vista, la práctica de la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea en una mujer soltera, se encuentra limitado por el artículo 56 del Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, ya que, solo se podrá hacer uso de ellas, para remediar problemas de esterilidad y/o infertilidad que no puedan resolverse de otra manera, por lo que, queda descartada de plano la posibilidad de que se usen como medios alternativos de reproducción.

Por otro parte, el artículo 466 de la Ley General de la Salud, no tipifica como delito el hecho de que se haga inseminar una mujer soltera, incluso haciendo una interpretación más extensiva de este precepto, Carmen García Mendieta, concluye que una mujer soltera, capaz y mayor de edad puede hacer uso tanto de la inseminación artificial como de la fecundación *in vitro*, sin que exista impedimento legal que le prive de ese derecho.²³⁶

Soto Lamadrid opina que García Mendieta interpreta erróneamente el artículo 466 de la Ley General de Salud, ya que, dicho precepto sólo resuelve el problema de la responsabilidad penal, por lo que, si el Código Civil no reglamenta el uso de las técnicas de reproducción asistida, el dispositivo legal invocado, no puede interpretarse como un reconocimiento del derecho de la mujer soltera para ser usuaria de las técnicas. No prohibir es una forma fáctica de permitir, pero no de legitimar, por lo que en México sigue en pie el

²³⁵ Ver. Panatt Kyling, Natacha. "La Inseminación Artificial y su Posible Reglamentación a través de un Instrumento Internacional". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 16. Número 2. Junio - Agosto. 1989. Santiago, Chile. Pág. 528.

²³⁶ Ver. "La Filiación: Problemas Jurídicos Actuales". Ob. Cit. Pág. 302.

debate en relación al derecho de la mujer soltera para recurrir al uso de las técnicas de procreación artificial humana.²³⁷

En consecuencia, cuando una mujer soltera se someta a una técnica de reproducción artificial humana, la filiación materna del hijo resultaría por el hecho de nacimiento, como un hijo extramatrimonial, en términos de lo establecido por el artículo 360 del Código Civil, por lo que, la madre deberá reconocer al hijo e inscribirlo en el Registro Civil como hijo suyo y de padre desconocido, con todos los derechos y obligaciones que esta relación implica. Así, el hijo tendrá derecho a llevar ambos apellidos de su madre, ésta ejercerá sobre él la patria potestad, y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios.

Respecto de la determinación de la filiación paterna, tomando en cuenta que el padre es un donante de semen, considero que la paternidad será siempre desconocida mientras continúe el anonimato del donante.

En caso de que el donante fuera una persona conocida de la madre, en primer lugar ésta no podrá revelar su nombre en el acta de nacimiento del hijo, sin embargo, el donante podrá reconocer en forma voluntaria al hijo, o en caso contrario, el hijo con fundamento en la fracción IV del artículo 382 del Código Civil, podrá iniciar un juicio de investigación de paternidad en contra de su progenitor, ya que, tanto el expediente médico como la carta de consentimiento informado en donde se exprese el tipo de técnica artificial y el origen del líquido seminal; constituirán un principio de prueba en contra del pretendido padre. En caso de prosperar el ejercicio de esta acción, el donante sería declarado padre y quedaría sujeto a todos los derechos y obligaciones que la relación paterno filial le impone respecto del hijo.

Como ya lo había mencionado, en nuestro sistema legislativo vigente, no existen

²³⁷ Ob. Cit. Pág. 145.

disposiciones legales que protejan el anonimato del donante y que lo releven de sus relaciones paterno filiales, -salvo lo inseguro que resulta el secreto profesional que deben guardar los médicos-, por lo que, considero pertinente una reforma legislativa en donde se garantice el anonimato de los donantes y se les libere de sus derechos y obligaciones filiales, respecto de los hijos concebidos con su material genético.

4. La Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro Post Mortem*

Entre los muchos problemas que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, aparecen los provocados, cuando estas técnicas de reproducción asistida tienen lugar en la esposa o concubina con semen del esposo o concubino fallecidos, es la llamada reproducción asistida *post mortem*. Este es el verdadero supuesto de concepción artificial *post mortem*, ya que, cuando la viuda decide inseminarse con el semen de un donante extraño a su pareja, -aún cuando éste estuviera fallecido-, no tendría ninguna relevancia, ya que, no se pretendería establecer la filiación del hijo con base en las presunciones de paternidad matrimonial, por lo que su tratamiento encuadra dentro del análisis que se hizo en el apartado anterior.

Respecto de este problema, Zannoni afirma que estamos frente a una concepción genéticamente conyugal, aunque institucionalmente extramatrimonial, en virtud de que, para la concepción se usaron las células sexuales de los miembros de la pareja, sin embargo el practicarse después del fallecimiento del cónyuge la hace extramatrimonial, toda vez, al momento de la concepción, el vínculo matrimonial se encontraba disuelto.

En favor de esta práctica, se aduce un principio de libertad tanto personal como sexual, ya que se debería permitir al individuo disponer como mejor le parezca de sus aptitudes genéticas y su facultad procreacional.

En contra se argumenta, que con dichas prácticas se niega al hijo el beneficio de una

familia completa, condenándolo permanentemente a la orfandad parcial, es por esto que, las técnicas *post mortem* tienen que estar limitadas, por el perjuicio que causa al menor el hecho de que su nacimiento se produzca en una familia sin padre, independientemente de que se le limite en sus derechos pecuniarios en materia sucesoria.

Es decir, se postula la prohibición tanto de la inseminación artificial como la fecundación *in vitro post mortem* en los ordenamiento legales, porque, "ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse, entonces, que el semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Y con ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre."²³⁸

Según el Código Civil vigente, cuando se hiciera uso de una técnica artificial *post mortem*, si el nacimiento se verifica después de trescientos días de la disolución del matrimonio, por muerte del marido, no opera la presunción de paternidad matrimonial establecida por el artículo 324 del Código Civil.

Lo anterior tiene también aplicación en relación con el concubinato, ya que, si el hijo nace después de trescientos días a que cesó la vida común entre los concubinos, el producto de la concepción artificial no será considerado hijo del concubino, en virtud de que no cobra vigencia la presunción de paternidad establecida por el artículo 382 del Código Civil.

Consecuentemente el hijo nacido tanto de la esposa como de la concubina, sería considerado extramatrimonial, su maternidad estaría determinada por el parto, mientras que su paternidad, aún cuando se conociera su vínculo biológico, no podría determinarse

²³⁸ Zannoni, Eduardo A. "Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas". Pág. 29.

legalmente, en virtud de que el hijo no podría intentarse una acción de investigación, porque el artículo 388 del Código Civil dispone que las acciones de investigación de la paternidad solo pueden intentarse en vida de los padres, salvo cuando éstos hubieren fallecido durante la minoría del edad del hijo, lo que desde luego no tiene aplicación al caso en estudio, ya que, la muerte del padre se verificó antes de la concepción del hijo. En conclusión el hijo solo podría inscribirse como de padre desconocido, aún cuando se conociera su ascendencia genética, por lo tanto, no tendría ni siquiera derecho a llevar los apellidos del padre.²³⁹

Por su parte Chávez Asencio sostiene que; la solución a la determinación de la paternidad del hijo nacido por medio de una técnica *post mortem*, se encuentra en el artículo 327 del Código Civil, en virtud de que, la mujer, el hijo o el tutor de este, pueden sostener la legitimidad del hijo nacido después de trescientos días desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad.

Sin embargo, considero que el precepto legal antes invocado no resulta aplicable al caso concreto, ya que dicho dispositivo legal se refiere al hijo que nació después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, es decir, en este caso, todavía existe formalmente el vínculo matrimonial de los progenitores, a diferencia de las técnicas *post mortem*, en donde la disolución del vínculo tiene lugar por muerte de uno los cónyuges, es decir, en este caso, "el hijo no puede ampararse en ninguna presunción de paternidad por mucha prueba biológica que constante científicamente el origen consanguíneo del hijo, y, además, *iam vero*, por la sencilla razón de que la concepción se produjo cuando había cesado formalmente el vínculo por el fallecimiento del causante, y

²³⁹ La falta de determinación de la filiación paterna del hijo nacido por una técnicas de reproducción artificial *post mortem*, provocaría igualmente que el hijo no tuviese vocación hereditaria ni en la sucesión legítima ni en la testamentaria de su progenitor, en virtud de que no estaba concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia. (Art. 1314 del Código Civil). Así mismo, el testamento no sería inoficioso.

parece razonable, en línea de principio, entender que la determinación legal de la filiación del hijo póstumo, no concebido, aún cuando murió aquél, sería la de extramatrimonial.”²⁴⁰

Considero que en este caso, la disyuntiva está en ubicar la fertilización asistida *post mortem* como matrimonial o extramatrimonial. Si por causa de la muerte del esposo, el vínculo matrimonial se disuelve, entonces, no debe ser aceptada la procreación de hijos después de la muerte del marido. En principio porque, la finalidad del matrimonio queda extinguida al no existir el vínculo de unión ni la obligación de los contrayentes. El esposo está muerto y se dice que el muerto ha dejado de tener relación jurídica con su pareja, ya que la muerte de uno de los cónyuge pone fin al matrimonio.

Cuando un menor es concebido después de morir su padre genético, trae como consecuencia que no sea considerado hijo matrimonial, en virtud de que su nacimiento se produce fuera de los parámetros legales para establecer dicha filiación, por lo que, a pesar de que se conozca su origen genético, no se le podrá reconocer su filiación con el padre fallecido.

En consecuencia, en mi opinión, debe prohibirse expresamente la aplicación de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro post mortem*, en alguna apartado específico de la Ley General de Salud. La razón es simple:

En primer lugar, he dejado clara mi postura en el sentido de que el uso de las técnicas de reproducción artificial humana es muy defendible, siempre y cuando se realice con fines exclusivamente terapéuticos para remediar problemas de esterilidad y/o infertilidad que no puedan ser solucionados de otra manera, por lo que, en consecuencia, considero que en las técnicas *post mortem* no se persigue esta finalidad, sino un deseo egoísta de la viuda, o por que no, hasta un jugoso negocio, cuando exista de por medio una cuantiosa herencia.

²⁴⁰ Lledo Yagüe, Francisco. “Fecundación Artificial y Derecho.” Ob. Cit. Pág. 198.

En segundo término, considero que toda la reglamentación en materia de filiación debe salvaguardar la estabilidad de la familia y de los miembros de ésta, por lo que, desde mi punto de vista, con el uso de las técnicas *post mortem*, se atenta gravemente contra estos dos bienes secularmente protegidos, en virtud de que, la ausencia deliberada de uno de los progenitores, representaría grandes trastornos en la vida de un niño, de la familia y de la sociedad misma, que al permitir situaciones egoístas como esta, provocaría un verdadero caos y desmoronamiento del núcleo familiar, en el cual se basa la misma.

5. La Maternidad Subrogada

Antes que nada, en este problema se impone distinguir, en primer lugar, el conflicto en orden a la atribución de la maternidad en favor de la portadora del óvulo o a la gestante, y en segundo término, la controversia relativa a la licitud del negocio jurídico por virtud del cual se establece la gestación por sustitución.

Por los límites impuestos a este trabajo de investigación, dejó al margen el problema relativo a la licitud o ilicitud del contrato de maternidad por encargo, y solo me limitaré a estudiar los conflictos derivados de la determinación legal de la maternidad, es decir, el problema de determinar *¿Quién es legalmente la madre en la subrogación materna, la que presta la célula germinal o quien lleva a cabo la gestación?*

Según la legislación civil vigente, la maternidad se encuentra determinada por el solo hecho del nacimiento (Art. 360 del Código Civil), es decir, madre es la que da a luz al hijo, independientemente de que haya mediado donación de óvulo, préstamo de vientre o trasplante de embrión. Para la ley madre será siempre la que pare al hijo, y más aún ésta no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo, y además tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento. (Art. 60 del Código Civil)

En ese orden de ideas, si la madre subrogada se encuentra casada, la paternidad del hijo estará determinada en favor de su cónyuge, si el nacimiento se produce dentro de los plazos legales que taxativamente establece el artículo 324 del Código Civil, -aún cuando haya habido donación de semen-. Sin embargo, el marido podrá impugnar dicha paternidad si demuestra su imposibilidad física de acceso carnal con su mujer durante el período legal de concepción, o bien, si acredita el adulterio de su mujer más la ocultación del nacimiento o la imposibilidad de acceso carnal durante los diez meses que precedieron al nacimiento del hijo.

Si por el contrario, la madre subrogada es soltera, la determinación de la filiación paterna del hijo se podrá hacer por medio del reconocimiento voluntario que haga el padre o en su caso solicitante de la técnica, o en su defecto, el hijo tendrá expedita la acción de investigación de la paternidad en contra del donante del semen, con base en lo establecido por la fracción IV del artículo 382 del Código Civil. La misma solución se aplica para el caso de que exista una sentencia ejecutoriada en donde se declare que el hijo de la madre subrogada no es de su marido.

Ahora bien, actualmente la única forma legal en que se puede asumir la maternidad de un hijo que no se parió, -siendo o no donante del óvulo-, es a través de la adopción -con las limitaciones que la propia ley impone a esta figura jurídica-, salvo, los posibles ilícitos penales en que pudiera incurrir una persona al registrar falsamente a un hijo como suyo.

Desde mi punto de vista, el hecho de que se condene ética y en su caso hasta legalmente a la maternidad subrogada, no obsta para reconocer que en un futuro puedan nacer niños por medio de esta técnica. Las consecuencias jurídicas que se produzcan varían según exista o no una legislación prohibitiva de la maternidad subrogada. Si no la hay - como hasta esta fecha-, no será ilícito hacer uso de la maternidad subrogada, aún cuando moralmente sea reprochable, si por el contrario se dicta la norma prohibitiva, la ilicitud de esta práctica quedará encuadrada en los límites que prevea la ley.

Respecto a la forma de reglamentar el uso de esta técnica, cabe destacar que son muchos los doctrinarios que se inclinan por la prohibición de esta práctica en una norma de carácter penal, además de que, atribuir la maternidad por el hecho del parto, sería una forma de desalentar su uso, ya que, una mujer sabría que aún cuando se fecunde un óvulo donado por ella y sea genéticamente madre del menor, dicha maternidad será legalmente imputada en favor de la mujer que se encargue de la gestación y de a luz al menor.

Estas consideraciones generales, nos obligan a sugerir que en una futura legislación no debe permitirse este tipo de prácticas, y en caso de que estas se lleven a cabo, debe atribuirse legalmente la maternidad a la madre gestante, es decir, en mi opinión debe seguir imperando el principio de "*mater semper certa est*", ya que, es más importante la maternidad gestante que la biológica, toda vez que la gestante tiene en su vientre el hijo durante nueve meses, lo alimenta, lo protege y asume el riesgo que con lleva el parto, además de la carga emocional que presupone un embarazo, ya que, los vínculos afectivos que se crean durante toda la gestación entre madre e hijo, se dan con independencia del origen genético del embrión.

Por otro lado, la generalización de esta práctica, provocaría un verdadero atentado a la estructura familiar, y el producto así concebido representaría un peligro para la sociedad, en primer lugar, debido a los desequilibrios emocionales que se le causarían, conforme a los planteamientos de la teoría psicoanalítica, que establece que la personalidad psicológica de una persona, se empieza a formar desde su concepción, y en segundo término, porque, se expondría al menor a, que en caso de que el no naciera sano, ni la pareja que en principio haya solicitado el servicio, ni la madre subrogada, ni los médicos que llevaron a cabo la concepción artificial, ni nadie, quisiera asumir la paternidad del hijo, dejándolo en el total desamparo.

4.5 Propuestas de Reformas al Código Civil del Distrito Federal en Materia de Filiación

En el desarrollo del presente trabajo, en varias ocasiones, he reiterado que los avances científicos en materia de reproducción artificial humana, tienen actualmente una fuerte repercusión en el campo jurídico, en especial en cuanto al parentesco y la filiación, por lo que, hoy por hoy, pueden provocar el surgimiento de controversias, que al no estar prevista por la legislación su solución legal, se originarían serios problemas de interpretación y aplicación de las normas vigentes, incluso en detrimento de los intereses del hijo, la familia y la sociedad misma.

En efecto, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, se encuentran en un estado legal incipiente, en nuestro orden jurídico. Únicamente la Ley General de Salud y el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, regulan raquíticamente algunas cuestiones en relación con esta prácticas. Dentro de la citada reglamentación destaca el requisito del consentimiento informado de los solicitantes de las técnicas y la finalidad terapéutica de las mismas.

En consecuencia, es notoria la incongruencia del Código Civil para el Distrito Federal vigente, ya que, por un lado, omite regular las consecuencias de la fertilización asistida como una forma de reproducción humana, y por el otro, determina la filiación a base de presunciones legales, al no disociar el componente genético del obstétrico, ni el acto sexual de la concepción. Es decir, en la legislación de salud, existen normas sobre inseminación artificial y fecundación *in vitro* que se no tienen correspondencia con las existentes en el Código Civil.

Por otro lado, si bien es cierto, que el Código Civil data de finales de la década de los años veinte, cuando los legisladores no contemplaron la existencia de estos acontecimientos científicos, también lo es, que, el derecho no debe permanecer estático ante

los avances científicos, por lo que tiene que ir a la par de las transformaciones y necesidades de la sociedad a la que rija, realizando las modificaciones que sean necesarias para adecuar el texto legal a la realidad social.

Ya en este sentido se habían manifestado los legisladores de 1928, al expresar en la exposición de motivos del Código que:

“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 sociedades experimentan.

Para legislar no deben tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía 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.”

Con este criterio renovador, es por lo que sugiero una reforma legislativa. Pero aún cuando, en el cuerpo de este trabajo he hecho alusión con mucha frecuencia, a la insuficiencia de una reglamentación al respecto. Sin embargo, la pregunta obligada sobre esta problemática sigue siendo: *¿Dónde debe reglamentarse el uso de la técnicas de fertilización asistida?*

Personalmente sugiero la creación de una ley especial que reglamente todo el aspecto médico de dichas prácticas, así como lo relativo a los donantes, los centros autorizados para realizarlas y el control de donaciones de células sexuales, o en su defecto, la inclusión de un nuevo título en la Ley General de Salud, que contemple dichas cuestiones.

Asimismo considero que en el Código Civil deben incluirse solamente algunas modificaciones al texto actual, con la finalidad de adecuar el uso de estas prácticas a las figuras jurídicas que se vean afectadas -como por ejemplo: La filiación, el matrimonio y la sucesiones-, siguiendo siempre la finalidad de preservar la subsistencia de las relaciones familiares y de la familia misma como institución jurídica fundamental.

En este orden de ideas, a continuación propongo algunas modificaciones al Código Civil del Distrito Federal, en materia de filiación:

A).- Considero que es necesario reformar el artículo 324, a fin de que se contemplen dentro de la presunción de paternidad matrimonial, a los hijos nacidos por medio de la técnicas de fertilización asistida, considerando la voluntad procreacional como una nueva fuente de la filiación.²⁴¹

TEXTO ACTUAL.-

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.

TEXTO PROPUESTO.-

Art. 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

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

²⁴¹ En las reformas legislativas que propongo utilizó el término de "fertilización asistida", para referirme a las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro, en sus modalidades homólogas y heterólogas, en virtud de que este término armoniza con el artículo 40 del Reglamento en Materia de Investigación Para la Salud.

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 dentro de los términos antes mencionados, cuando el cónyuge haya consentido expresamente en la fertilización asistida de su esposa.

B).- Propongo también la reforma del artículo 325, con la finalidad de adoptar un sistema de filiación abierto, y así se permita el uso de cualquier tipo de prueba -en especial las biológicas, por la certeza que ofrecen sus resultados-, para impugnar la presunción *iuris tantum* de paternidad legal, pero que la mismo tiempo se restrinja la acción de desconocimiento de la paternidad, al cónyuge que consintió en la fertilización asistida de su esposa.

TEXTO ACTUAL.-

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

TEXTO PROPUESTO.-

Art. 325.- *Contra esta presunción es admisible cualquier clase de prueba, incluso las biológicas, excepto cuando el esposo haya otorgado su consentimiento en términos de la fracción III del artículo 324.*

El marido no podrá desconocer al hijo nacido por medio de fertilización asistida practicada con su consentimiento.

C).- Como consecuencia de las anteriores reformas, y con la finalidad de que exista congruencia y armonía entre los dispositivos legales, propongo la reforma de los artículos 326, 328 y 334.

TEXTO ACTUAL.-

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

TEXTO PROPUESTO.-

Art. 326.- El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado *o que demuestre por cualquier medio de prueba, la inexistencia del vínculo biológico con el hijo, excepto cuando el hijo nazca por medio de fertilización asistida practicada con su consentimiento.*

TEXTO ACTUAL.-

Art. 328.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

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

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

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

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

TEXTO PROPUESTO.-

Art. 328.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

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

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

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

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

V.- Si el hijo nació por medio de una técnica de fertilización asistida practicada con su consentimiento.

TEXTO ACTUAL.-

Art. 334.- Si la viuda o divorciada o aquella cuyo matrimonio fue declarado nulo, contrajese nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

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

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

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

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

TEXTO PROPUESTO.

Art. 334.- Si la viuda o divorciada o aquella cuyo matrimonio fue declarado nulo, contrajese nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

FALTA PAGINA

No. 179

Art. 382 Bis.- *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, no procederá la investigación de la paternidad, cuando se demuestre que el hijo fue concebido por medio de alguna técnica de fertilización artificial heteróloga.*

E).- Por lo último, propongo que se reforme el artículo 383 a fin de que los menores nacidos de parejas que vivían en concubinato por medio de una técnica de reproducción artificial humana, se beneficien de la presunción de paternidad en favor del concubino de la madre, considerando la voluntad procreacional como una nueva fuente de la filiación.

TEXTO ACTUAL.-

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 a que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina

TEXTO PROPUESTO.-

Art. 383.- Se presumen hijos de los concubinos:

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

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

III.- *Los hijos nacidos dentro de los términos antes mencionados, cuando el concubino haya consentido expresamente en la fertilización asistida de su concubina.*

El propósito fundamental de sugerir esta reforma legislativa, es despertar el interés de la sociedad y principalmente del legislador, haciendo un llamado a los mismos para que se aboquen a la regulación de las técnicas de reproducción artificial humana, actualizando el texto vigente a la realidad social.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es necesario una reforma al Código Civil del Distrito Federal en materia de filiación, con la finalidad de actualizar sus normas y otorgar solución legal a los problemas planteados entre las personas involucradas y las consecuencias derivadas de la utilización de las técnicas de procreación artificial humana, preservando siempre la seguridad de los vínculos paterno filiales y la protección de la estabilidad familiar. Una posible forma de ello, es como lo propongo en el capítulo cuarto de este trabajo.

SEGUNDA.- Considero que se encuentra plenamente justificado el uso de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, como un terapia a la infertilidad y/o esterilidad, que no pueda ser remediada de otra manera; por lo que cualquier práctica o manipulación contraria a esta noble finalidad, deberá ser prohibida.

TERCERA.- El uso de las técnicas de procreación artificial humana, ha puesto en crisis el concepto de parentesco consanguíneo, en virtud de que rompe con la idea de descendencia común; por lo que considero debe haber una replanteamiento de la figura jurídica del parentesco, con miras a salvaguardar la estabilidad del estado familiar por encima del aspecto exclusivamente biológico.

CUARTA.- Actualmente el contacto sexual no debe seguir considerándose prueba determinante y exclusiva para establecer las relaciones paterno filiales, en virtud de que paralelamente, es posible la concepción de un ser humano por medios artificiales, prescindiendo totalmente del acto carnal.

QUINTA.- El hijo concebido por medio de inseminación artificial o fecundación *in vitro* heteróloga con consentimiento del cónyuge o concubino, deberá ser considerado hijo

de los cónyuges o concubinos, por lo que considero es importante modificar los textos legales para dar cabida a la voluntad procreacional como fuente de la filiación, siempre que el consentimiento se manifieste de manera indubitable.

SEXTA.- Como consecuencia de lo anterior, propongo una reforma legislativa que adopte un sistema abierto de filiación, en donde para establecer o excluir las relaciones paterno filiales, sea tomado en cuenta cualquier medio de prueba -en especial las biológicas-, o en su caso la voluntad del presunto padre.

SÉPTIMA.- En virtud de que, la finalidad de los donantes de células sexuales no es la de procrear, sino ayudar a las personas que se encuentran imposibilitadas físicamente para hacerlo, considero, debe negarse cualquier vínculo filial entre los donantes con el hijo producto de una concepción artificial heteróloga.

OCTAVA.- En la legislación actual no se contempla el uso de las técnicas de procreación artificial *post mortem*; por lo que propongo que se prohíban expresamente, y en los casos que llegara a producirse un nacimiento de esta forma, el producto deberá ser considerado extramatrimonial, aún cuando el cónyuge fallecido haya dado su consentimiento para el uso de su semen.

NOVENA.- Con el uso de las nuevas formas de reproducción artificial, si bien es cierto, que actualmente se encuentra rebasado el principio de "*mater semper certa est*", también lo es que, en favor de una protección al bienestar y estabilidad familiar y afectiva del hijo, éste debe seguir prevaleciendo como forma de determinación de la maternidad legal en ambas técnicas, aún cuando haya mediado donación de óvulos o subrogación materna, por lo que, sugiero la prohibición expresa de esta última práctica.

DÉCIMA.- A nivel mundial se ha hecho un destacado esfuerzo por regular esta materia, lo que significa un importante precedente para una futura legislación que sobre el

particular se haga en nuestro país, sin que el asunto quede solo a nivel de proyecto legislativo.

DÉCIMA PRIMERA.- La reglamentación de las técnicas de procreación artificial humana en México es escasa, por lo que sugiero la elaboración de una legislación más completa, ya sea, en un sólo cuerpo legal o en un título especial dentro de la Ley General de Salud, para que se regulen todos los aspectos médicos de las técnicas relacionadas, así como, los requisitos de los donantes y de las personas beneficiadas con dichas técnicas, se proteja el anonimato de los donantes, se garantice el derecho de los hijos a conocer su ascendencia genética, y se prohíban la maternidad subrogada, las prácticas *post mortem* y todas aquéllas que no tengan finalidad terapéutica.

DÉCIMA SEGUNDA.- La inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, son una realidad en nuestro país, y son varias las instituciones médicas que las llevan a cabo, por lo que considero que además de la creación de la ley antes señalada, debe existir una adecuación de las normas del Código Civil, en todas las instituciones jurídicas que se vean implicadas con estos avances científicos, como pueden ser el matrimonio, el divorcio, la paternidad, la filiación y las sucesiones.

BIBLIOGRAFÍA

- AZPIRI, Jorge Osvaldo. *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo II. Directores Carlos A. Lagomarsino y Marcelo V. Salerno. Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1992.
- BARBERÁ, GUILLEN, Eduardo. "La manipulación o mediación científica en la reproducción humana". II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- BARROSO, FIGUEROA José. "Maternidad, Paternidad y Genética". *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Primera Coedición. Editado por Filiberto Cárdenas Uribe/ Cárdenas Editor y Distribuidor y Facultad de Derecho de la UNAM. México 1996.
- BELLUSCIO, Cesar Augusto. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II. Quinta Edición. 4ª reimpresión. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1993.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ- CANO, Rodrigo. "La filiación inducida y las clasificaciones legales." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil*. Nociones preliminares, personas, familia, bienes. Tomo I. Traducción de Lic. José M- Cájica Jr. Cárdenas Editor y Distribuidor, Tijuana, B.C., México. 1985.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Familia*. Tomo 1. Octava Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1992.
- BOSSERT A, Gustavo y Eduardo A. Zannoni. *Régimen Legal de la Filiación y Patria Potestad*. Segunda Reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires 1987.
- CÁMARA, ALVAREZ Manuel, de la. *Reflexiones sobre la Filiación Ilegítima en el Derecho Español*. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1975.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. "Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- CARABA FERNÁNDEZ, M. "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre-embrión)." II CONGRESO MUNDIAL VASCO.

- Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J. "El principio de verdad biológica y las relaciones de filiación derivadas de la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*: El anonimato del dador." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español y Foral. Tomo cuarto. (Derecho de familia). Sexta Edición revisada. Instituto Editorial REUS. Madrid. 1944.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Segunda Edición Actualizada. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.
- CICU, Antonio. La Filiación. Primera Edición. Trad. Faustino Gimenez Arnau y José Santacruz Teijeiro. Imprenta Helénia. Revista de Derecho Privado. Madrid 1930.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto. "Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- DÍAZ DE GUJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Tomo 1. Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires. 1953.
- FASSI SANTIAGO, Carlos. Estudios de Derecho de Familia. Editora Platense. La Plata, Argentina. 1962.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Vigésima Primera Edición. Editorial Esfinge, S.A. DE C.V., Naucalpan, Edo. de Méx. 1995.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Parte General. Personas. Familia. Editorial Porrúa S.A. Undécima Edición. México. 1991.
- GARCIA DE DIEGO, Vicente. Diccionario Etimológico Español e Hispánico. Editorial Espasa - Calpe S.A. Madrid, España. 1985.
- GARCÍA TELLEZ, Ignacio. Motivos. Colaboración y Concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. México. 1965.
- GÓMEZ, SÁNCHEZ Yolanda. El Derecho a la Reproducción Humana. Universidad Complutense de Madrid, Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A., Madrid 1994.

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991.
- HEDEIN, Susanne. *Contribución al Estudio de la Inseminación Artificial con Esperma del Cónyuge*. Primera Edición. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1991.
- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. "La atribución de la maternidad en la gestación contratada." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- IBARROLA AZNAR, Antonio de. *Derecho de Familia*. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1984.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Décima Edición. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1992.
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Libertad de Amar y Derecho a Morir*. Séptima Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires Argentina. 1984.
- LEÓN ARCE, A de. "La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Fecundación Artificial y Derecho*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, España. 1988.
- _____, "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- LÜTTGER, Hans. *Medicina y Derecho Penal*. Trad. del alemán por el Dr. Enrique Bacigalupo. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Editoriales de derecho Reunidas, S.A. Madrid, España. 1984.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III Derecho Familiar. Editorial Porrúa, S.A., México 1988.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *Derecho Médico*. Volumen Primero. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, España. 1986.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La Filiación*. Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores. República Argentina. 1986.
- MÉNDEZ, Ulises. *Los Bebés del Futuro Nacerán en Probeta*. Primera Edición. Editorial Posada. S.A. México, D.F. 1974.
- MERCHANT, Fermín Raúl. *La Adopción*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1987.

- MERINO GUTIÉRREZ, A. "Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. "La Reproducción Asistida en México. un Enfoque Multidisciplinario". Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos. Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1994.
- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1990.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L. "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. "Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- MUÑOZ, SALVADOR CASTRO Luis. Comentarios al Código Civil. Tomo 1. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983.
- O'CALLAGHAN, MUÑOZ Xavier. Investigación de la Paternidad. Acciones de Filiación, Investigación de la Paternidad. Prueba Biológica. Editorial Alcobendas. Madrid 1993.
- OCHOA OLASCOAGA, Begoña y Francisco Javier Caballero Harriet. La Biología frente a la Ética y el Derecho. VI Cursos de Verano en San Sebastián. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco. San Sebastián, España. 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. "Procreación artificial y responsabilidad civil." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. José Fernández González. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1990.
- PINA VARA, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol. I. Introducción- Personas-Familia. Décimo séptima edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1992.
- PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I, 1 Introducción, familia, matrimonio. Trad. José M^a Cájica Camacho. Editorial Cájica, S.A., Puebla, Puebla, Méx. 1983.

- _____. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo I, 2 Divorcio, filiación incapacidades. Trad. José M^a Cájica Camacho. Editorial Cájica, S.A., Puebla, Puebla, Méx. 1984.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derechos Civil*. Tomo IV Familia-Matrimonio-Divorcio-Filiación-Patria Potestad-Tutela. Segunda Edición. Bosch, casa editorial, S.A. Barcelona, España. 1985.
- PUJOL ALGANS, Carmen. *Código de la Mujer*. Editado por el Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, España. 1992.
- QUINTEROS MONASTERIOS, Ruben. *La Inseminación Artificial Humana su Valor en el Tratamiento de la Infertilidad*. Universidad Central de Venezuela. Organización de Bienestar Estudiantil. Caracas. 1974.
- RAMBAUR, Raymond. *El Drama Humano de la Inseminación Artificial*. Trad. del Francés por Baldomero Cordon Bone. Impresiones Modernas, S.A. México. 1953.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- ROCA TRIAS, Encarna. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 1. Introducción, Personas y Familia. Vigésima Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1989.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I. Parte General: Derechos de las personas, derechos reales y posesión. Trad. Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Tejeiro. Instituto Editorial REUS, Madrid, España, 1979.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. "Los estudios previos y las figuras previsibles de la futura regulación española." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- SERRANO ALONSO, Eduardo. "El depósito de espermatozoides o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. *La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana*. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.

- SILVA RUIZ, Pedro F. "Panorámica general de la fecundación asistida (inseminación artificial, fecundación *in vitro* y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos." II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática Planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. Ponencias y Comunicaciones. Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987. Editorial Trivium, S.A. Madrid, España. 1988.
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética. Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y Experimentación Genética. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1990.
- TABOADA, Leonor. La Maternidad Tecnológica: de la Inseminación Artificial a la Fertilización in Vitro. Primera Edición. Editorial Icaria. Barcelona, España. 1986.
- TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Parte general: Negocio Jurídico, Familia, Empresa y Sociedades, Derechos Reales. Trad. Luis Martínez Calcerrada. Editorial Revista de Derechos Privado, Madrid, España 1967.
- VERA HERNÁNDEZ, Julio Cesar. Inseminación Artificial en Seres Humanos. Incidencias Jurídicas. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Derecho. México. 1958.
- VERRUNO, Luis y Emilio J.C. Haas. Manual para la Investigación de la Filiación. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1985.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. El hijo legítimo su concepto y determinación en el Código Civil Español. Editorial Monte Corvo, S.A. Madrid 1974.
- _____, Las Nuevas Formas de Reproducción Humana: Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español. Editorial Civitas, S.A. en coedición con la Universidad de Valencia. Primera edición. Madrid, España. 1988.
- ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 1. Editorial Astrea. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. 1989.
- _____, Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo 2. Editorial Astrea. Segunda Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- _____, Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1978.
- ZARRALUGUI, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales. Primera Edición. Editorial Tecnos, S.A.. Madrid, España. 1988.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

- ANDORNO, Roberto L. "Incidencia de la fecundación "in vitro" sobre la distinción entre personas y cosas". Persona y Derecho. Revista de la Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Nº 29. 1991. Editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Pamplona, España.

- _____. "El derecho frente a la nueva eugenesia: La selección de embriones in vitro". Revista Chilena de Derecho. Vol. 21. Nº 2. Mayo-Agosto. 1994. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.
- _____. "El derecho europeo ante las nuevas técnicas de procreación humana: ¿Primacía de la técnica o primacía de la persona?". Persona y Derecho. Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos. Nº 3. 1993. Editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Pamplona, España.
- BANCHIO, Enrique Carlos. "*Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida*". Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en el Cincuentenario de su Fundación. Tomo XXIX. 1990. Córdoba, República de Argentina. 1990.
- BARRAGÁN C., Velia Patricia. "*La reproducción humana asistida: Marco jurídico*". Revista Jus. Nº 3. Diciembre. 1991. Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de Durango. Durango, México.
- BRENA-SESMA, Ingrid. "*Marco jurídico de la inseminación artificial*". Gaceta Médica de México. Vol. 133. Nº 2. Marzo-Abril de 1997. Órgano Oficial de la Academia Nacional de Medicina. México, D.F.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. "*Inseminación artificial y derecho penal (La familia manipulada)*". Criminalia. Año XLIV. Nº 10-12. Octubre-Diciembre. 1978. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. "*Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial*". Jurídica. Vol. 1. Nº 24. 1995. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México, D.F.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. "*¿Igualdad de lo desigual? Notas sobre equiparación jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos*". Revista Chilena de Derecho. Vol. 20. Nº 1. Enero-Abril. 1993. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.
- _____. "*Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial*". Revista Chilena de Derecho. Vol. 19. Nº 3. Septiembre-Diciembre. 1992. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.
- _____. "*La nueva legislación española sobre técnicas de reproducción artificial y procedimientos afines*". Revista de Derecho Privado. Marzo. 1992. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Edersa. Madrid, España.
- CUMPIANO ALFONSO, Flavio. "*¿Bebés a la orden? Consideraciones ético-jurídicas de la maternidad subrogada*". Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Vol. 56. Nº 1. Enero-Marzo. 1995. San Juan, Puerto Rico.
- CRUZ CASTRO MURILLO, Juan de la y José Luis Ventura Mejía. "*La inseminación artificial humana. Aspectos jurídicos*". Revista Mexicana de Justicia. Vol. VIII. Nº 4. Octubre-Diciembre 1990. México, D.F.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores. "*Innovaciones jurídicas en el campo de la biogenética*". Boletín de la Facultad de Derecho. 2ª época. Nº 4. Verano-Otoño. 1993. Editada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España.

- ESTREMADOYRO FIGUEROA, Ernesto. "Procesos biológicos y delitos". Revista del Foro. Año LXXIX. Enero-Junio. 1991. Lima, Perú.
- FLORES GARCÍA, Fernando. "La inseminación artificial en la especie humana". Criminalia. Año XXI. Nº 6. Junio. 1955. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F.
- GALINDO GARFÍAS, Ignacio. "La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas". Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XL. Nº 169-170-171. Enero-Junio. 1990. Editada por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F.
- GARCÍA MENDIETA, Carmen. "Fertilización extracorpórea. Aspectos legales". Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango. Nº 20-21. Octubre 1985-Marzo 1986. Durango, México.
- _____, "La Filiación: Problemas jurídicos actuales". Anuario Jurídico. Vol. XIII. 1986. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F.
- GUMUCIO SCHÖNTHALER, Juan Cristóbal. "Procreación asistida heteróloga. Efectos civiles en relación con el matrimonio y la filiación". Revista Chilena de Derecho. Vol. 21. Nº 2. Mayo-Agosto. 1994. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen. "Los aspectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida: Ley española y marco europeo". Revista de Derecho. Año LXI. Nº 193. Enero-Junio 1993. Santiago de Chile.
- KIRBY, M.D. y GMG, Jurz. "La biotecnología y el derecho". Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Nº 39. Diciembre 1987. Ginebra, Suiza.
- LEAL DÁVILA, Luis Orlando. "La reproducción artificial humana frente al derecho civil colombiano". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Nº 86. Julio-Agosto-Septiembre. 1989. Editada por la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.
- _____, "La problemática jurídica colombiana de la reproducción humana asistida". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Nº 87-88. Octubre-Diciembre 1989 y Enero-Marzo 1990. Editada por la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia.
- LOI, María Leonarda. "La fecundación artificial en dos recientes proyectos de ley". Revista Internacional de Derecho Contemporáneo. Nº 1. 1987. Bruselas, Bélgica.
- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia. "Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem". Boletín de la Facultad de Derecho. 2ª época. Nº 6. Verano-Otoño 1994. Editada por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España.
- MARTÍNEZ NAVARRO, María del Pilar. "Funcionalidad y disfuncionalidad de la familia". Anuario Jurídico. Vol. XIII. 1986. Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F.
- MOISSETT DE ESPANÉS, Luis. "La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicancias jurídicas". Revista de la Facultad. Nueva Serie. Vol. 1. Nº 1. Año 1993. Córdoba, Argentina.
- MORENO Botella, Gloria. "Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida". Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. Vol. VII. 1991. Madrid, España.

- NOVILLO SARAVIA, Lisandro. "Procreación asistida". Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba en el Cincuentenario de su Fundación. Tomo XXIX. 1990. Córdoba, República de Argentina.
- OGARRIO SAUCEDO, Guillermo Alberto. "La Familia y la tecnología: La Inseminación artificial, la fecundación extrauterina, maternidad subrogada y sus consecuencias jurídicas". Revista Jure. III Época. Vol. 1. Año 1. N° 3. Septiembre-Diciembre. 1990. Jalisco, México.
- PANATT KYLING, Natacha. "La inseminación artificial y su posible reglamentación a través de un instrumento internacional". Revista Chilena de Derecho. Vol. 16. N° 2. Junio-Agosto. 1989. Editada por la Facultad de Derecho Pontifica de la Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.
- RABONOVICH, Ricardo David. "La juridización de la relación paterno-filial en el Tawantinsuyu tardío". Revista de Historia del Derecho. N° 21. 1993. Editada por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. Buenos Aires, Argentina.
- ROZAS VIAL, Fernando. "Problemas jurídicos y morales que plantean la inseminación artificial y la fecundación in vitro". Revista Chilena de Derecho. Vol. 16. N° 3. Septiembre-Diciembre 1989. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.
- SILVA RUIZ, Pedro F. "La inseminación artificial. Reproducción asexual, implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de reproducción humana". Revista de Derecho Puertorriqueño. Vol. 32. N° 1-3. 1992. Puerto Rico.
- _____. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler". Revista Judicial. Año XII, N° 42. Marzo. 1988. San José, Costa Rica.
- _____. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro". Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XXXVII. N° 151-152-153. Enero-Junio. 1987. Editada por la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F.
- _____. "Manipulación de embriones humanos". Revista Uruguaya del Derecho de Familia. Año V. N° 6. Junio. 1991. Montevideo, Uruguay.
- SOTO Reyna, René. "Aspectos médico-legales de la inseminación artificial en seres humanos". Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango. N° 20-21. Octubre 1985-Marzo 1986. Durango, México.
- UGARTE GODOY, José Joaquín. "Igualdad de los hijos. Informe sobre un proyecto de reforma del Código Civil en lo relativo al régimen de la filiación". Revista Chilena de Derecho. Vol. 21. N° 2. Mayo-Agosto. 1994. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile
- ULPIANO. "El parentesco ante la ley civil". Foro de México. N° 10. Enero 1953. México, D.F.
- VILLALOBOS OLVERA, Rogelio. "Reproducción asistida en humanos". Lecturas Jurídicas. N° 83. Enero-Marzo. 1993. Chihuahua, México.
- ZIPORYN, Terra. "Inquietudes médico-sociales sobre la reproducción humana artificial". Revista Chilena de Derecho. Vol. 13. N° 2. Mayo-Agosto 1986. Editada por la Facultad de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editado por la Real Academia Española. Vigésima Edición. Madrid 1984.
- DICCIONARIO DE TÉRMINOS CIENTÍFICOS Y TÉCNICOS. Tercera Edición. Editorial Planeta - Agostin. Madrid, España. 1987.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE CIENCIAS MÉDICAS. Vol. I. Tercera Edición. Editorial Panamericana. Buenos Aires, Argentina. 1990.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo D - H. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cuarta Edición. Editorial Porrúa S.A. México. 1991.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo XII. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1987.
- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO. Tomo VI. Editado por Selecciones del Reader's Digest México. 1986.
- GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE. Tomos 9-12-19. Editorial Planeta. Barcelona, España. Abril 1991.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.
- Ley General de Salud.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.
- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.
- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
- Código Civil para el Distrito Federal , en materia común y para toda la República en materia federal de 1928. Edición Actualizada.