

26
24.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

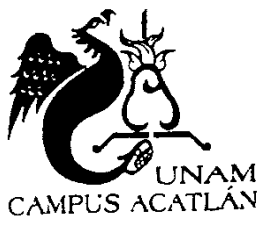
CAMPUS "ACATLAN"

**EL DERECHO DE FAMILIA ANTE LOS AVANCES DE
LA CIENCIA Y SUS CONTROVERSIAS LEGALES**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
FERNANDO BECERRIL RODRIGUEZ

ASESOR: LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA.



SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEXICO.

1998.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

265908



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 mis padres
Salomon Becerril Rodríguez y
Francisca Rodríguez Carbajal

Porque con su apoyo y ejemplo ha sido posible
la realización de este trabajo, siendo por consiguiente
más éxito suyo que mío. Gracias papá, gracias mamá:
nunca tendré palabras para agradecerles este apoyo y
comprensión. Los quiero mucho.

A mis hermanos:
Eduardo Becerril Rodríguez y
Sandra Edith Becerril Roriguez

Por sus sabios consejos y definitivamente
todo el apoyo que me han brindado

A mi esposa
Verónica Posadas López

Por su amor y comprensión que me ha brindado
en estos años que hemos estado juntos.

A mi hija:

Ma Fernanda Becerril Posadas. lo más hermoso
que me ha sucedido.

A mi asesor
Lic. Jose Jorge Servin Becerra

Porque a pesar de no haber sido alumno suyo,
tuvo la gentileza de asesorarme en la presente tesis,
guiandome y aconsejandome en todo momento.

Al Lic. Mario Gómez Elizalde

Quien más que guía ha sido todo un maestro
en el ejercicio práctico de esta profesión y
todo un ejemplo a seguir.

A Dios

Gracias Señor por darnos lo más importante,
vida y salud pues teniendo estos dones es posible
alcanzar todo lo que nos proponemos.

A Lidia Shimasaki

Por que su colaboración, apoyo y critica fueron muy importantes en la realización de esta Tesis.

INDICE

INTRODUCCION

I

CAPITULO I

Visión Histórica de la Familia

a) Babilonia	1
b) Persia	3
c) China	5
d) Egipto	8
e) Grecia	10
f) Roma	13
g) Edad Media	16

CAPITULO II

Relaciones Jurídicas Familiares

1 Principio de Familia	20
1 1 Concepto de Familia	24
2 La Familia Actual	26
2 1 Monogámica	29
2 2 Heterosexual	30
3 La Filiación	32
3 1 La Filiación Legítima	34
3 2 La Filiación Natural	38
3 3 La Filiación Civil	42

CAPITULO III

El Derecho y la Ciencia

1 Manipulaciones Genéticas y Familia	46
1 1 Conceptos Generales	55
1 2 Antecedentes	57
2 Técnicas de concepción y procreación humanas	59
2 1 Inseminación Artificial	61
2 1 1 Inseminación Artificial Homóloga	63
2 1.2 Inseminación Artificial Heteróloga	64
2 2 Fecundación in Vitro	65
2 2 1 Transferencia de Gametos Intrafalopios	68
2 2.2 Inseminación Intrauterina	69
2 3 Alquiler de Utero o Maternidad subrogada	70

3 Consideraciones legales y derecho comparado	73
3 1 Legislación Mexicana	74
3 2 Legislación Sajona	81
3 3 Legislación Argentina	84
3 4 Legislación Española	85
4. Principales controversias legales suscitadas en los niños nacidos bajo éstas técnicas de concepción y reproducción humanas	88

CAPITULO CUARTO

La Ciencia en el Campo del Derecho de Sucesiones

1. Consideraciones Generales	102
2. La sucesión en el Código Civil Vigente para el Distrito Federal	103
2 1 Sucesión Testamentaria	105
2.2 Sucesión Legítima	106
3 Capacidad para Heredar	110
3 1 Falta de Personalidad	112
4 Situación Jurídica de los hijos nacidos <i>post mortem</i> de su padre o madre en relación con la herencia	114

CAPITULO QUINTO

Conclusiones	125
--------------	-----

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad el exponer de una manera sencilla, pero de la manera más amplia como sea posible, la repercusión que han tenido los avances científicos dentro del campo del derecho, específicamente dentro del campo del derecho de familia.

La reproducción asistida constituye uno de los logros más importantes de la ciencia, pero este logro ha venido a repercutir dentro del ámbito jurídico, pues por una parte se ve seriamente afectado el derecho de filiación y por otra el derecho de sucesiones.

En efecto, hasta hace relativamente poco tiempo, la determinación de la paternidad y maternidad no constituían problema legal alguno, puesto que la maternidad estaba siempre relacionada con el parto con la máxima latina de *mater semper certa est* y la paternidad se atribuía al esposo de la madre. Hoy en día las cosas son distintas, pues la reproducción asistida ha venido a transformar estos principios.

Básicamente las técnicas de reproducción asistida estudiadas en el presente trabajo son tres, la Inseminación Artificial, la Fecundación in Vitro y la Maternidad Subrogada; esta última, a pesar de no ser considerada como una técnica, sus repercusiones en el marco legal son tan importantes como las de aquellas.

Por otra parte debemos de hacer mención a la Ingeniería Genética y la Biotecnología, dos ciencias prácticamente nuevas que en sus

II

experimentos con humanos han ocasionado los mas variados comentarios, tanto positivos como negativos, y en donde incluso gobiernos, como el de los Estados Unidos de América, han prohibido su experimentación, argumentando que no son únicamente contrarios al derecho sino a la moral también

Por último, tenemos a los hijos nacidos posteriormente a la muerte del marido; esta situación también es muy preocupante, pues ya se han dado casos en países como Francia e Italia, países que ya tienen una legislación que trata la reproducción asistida y sin embargo han tenido problemas a la hora de enfrentar tales situaciones.

CAPITULO PRIMERO

VISIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA

a) BABILONIA

El Imperio de Babilonia es resultado de la fusión de dos razas, la sumeria y la semítica, asentadas en el país que los griegos llamaron Mesopotamia, que quiere decir "Tierra entre ríos". Las leyes de Babilonia más conocidas son aquellas contenidas en el Código de Hammurabi. "El Código consistía en 282 leyes o decisiones judiciales recopiladas a fines del reino de Hammurabi, las cuales se repartían en asuntos tales como familia, matrimonio y divorcio; tarifas, comercio, leyes criminales y civiles. Por el Código sabemos que existían varias clases sociales, cada una de las cuales tenía sus derechos y obligaciones".¹

En lo que respecta a la familia esta era una verdadera sociedad que tenía como base una monogamia tolerante es decir, el marido solo podía tener una esposa legítima, pero le era permitido tomar una o varias concubinas con el fin de asegurar su descendencia. Una peculiaridad de la mujer es que ésta debía llegar al matrimonio no siendo virgen, practicaban, por así decirlo, el "matrimonio de ensayo", que estaba reglamentado por la ley.

¹ COMPTON'S INTERACTIVE ENCYCLOPEDIA. 1994

El matrimonio ya era considerado un contrato y se realizaba en una tablilla de arcilla escrita por el futuro marido en donde se detallaban todos los derechos y deberes de la esposa, el castigo que se le infligiría en caso de llegar a ser infiel y la cantidad de dinero que recibiría en caso de ser repudiada. Su organización era patriarcal, pues el padre era el jefe de familia y centro de toda actividad económica, religiosa y jurídica, él era el que arreglaba los matrimonios de sus hijos y tenían un control ilimitado sobre ellos hasta antes del matrimonio.

Al ser considerado un contrato, el matrimonio debía de reunir ciertos requisitos para su validez, estos son: que debía emitirse en presencia de testigos y previo acuerdo con los padres de la novia.

Al igual que sucedería con Roma más tarde, en la antigua Mesopotamia se le reconocía cierta personalidad jurídica a las mujeres, un ejemplo de ello es que podían actuar como testigos en la firma de un contrato. Podían poseer bienes, tanto muebles como inmuebles, y disponer de ellos sin la necesidad del consentimiento de su marido. Sobre los bienes que recibían del marido solo poseían poder de usufructo. A su vez, el esposo no podía disponer de los bienes gananciales sin el acuerdo de la esposa².

La adopción era común, pues se utilizaba para perpetuar la familia o para asegurar los negocios. Otra manera de asegurar su descendencia era tomar una concubina a la que tenía que darle habitación dentro del hogar

² Historia Universal Salvat. t. II. p. 28

conyugal. Esta actitud de ninguna manera significaba que tomaría el lugar de la esposa legítima, pues la concubina siempre era de categoría inferior. El adulterio se castigaba con pena de muerte, la cual consistía en arrojar a la mujer adúltera atada junto al cuerpo de su amante al río, sin embargo se podía no llevar a cabo si el ofendido otorgaba el perdón. Por lo que tocaba a la suerte del amante, solamente al rey se le permitía poder otorgar el perdón.

Por lo que toca al divorcio, este se pedía si existía un adulterio debidamente comprobado, también se pedía por incompatibilidad de caracteres, de humor y por esterilidad.

b) PERSIA

La civilización persa estuvo asentada en lo que actualmente es Irán. Según los historiadores, "persas e indos debieron vivir juntos antes de separarse, pues las formas más antiguas de sus lenguas son casi idénticas".³

La religión de los antiguos persas es conocida debido a los escritos que nos dejaron los griegos, principalmente, Herodoto y también por su libro sagrado llamado Zend-Avesta, cuya composición se debe a Zoroastro o Zarathustra. Es importante mencionar esto porque es en este libro donde esta contenida la legislación familiar persa, la cual contempla diversas situaciones familiares, tanto de aprobación, como de sanción.

³ Historia Universal Salvat. t. II. p. 147

La organización familiar en Persia estaba constituida por una estructura patriarcal. El hecho de aumentar la población se consideraba una necesidad apremiante, por lo que se protegían todas las necesidades tendientes a lograrla. Es por esto que el aborto fue considerado como el peor delito aún mas que el adulterio, pues este se podía perdonar, pero aquel se castigaba con la pena de muerte. Por otra parte, el celibato no tenía ningún valor.

Dado que la descendencia está ligada al padre, se considera de un valor fundamental la virginidad de las mujeres y posteriormente su fecundidad. Los nacimientos de hijos varones representan la alegría para la familia, pero los de las niñas se consideran desdeñables.

Al igual que China, la mujer es tratada como objeto en Persia -y casi todos los países cuya cultura es el Islam.- De hecho, toda mujer debe de formar parte de las tres cosas que todo hombre debe de poseer, las otras dos son los caballos y la casa. Dicho lo anterior se puede apreciar que entre el hombre y la mujer existen diferencias muy marcadas, pues mientras para la mujer solo existen los niños, la casa y la vida domestica en general, para los hombres están los negocios, los contactos, los viajes, la iniciativa etc. Se puede decir, hablando metafóricamente, que la mujer es la oscuridad y el hombre la luz.

En la época actual, la situación en Persia (hoy Irán) no ha cambiado mucho. En un estudio reciente sobre la situación en los países islámicos, en este caso dicho estudio se llevó a cabo en Argelia, pues es un país

moderno en sus intenciones y en su legislación general, se obtuvieron los siguientes resultados⁴

- Del 15 al 18 % de las mujeres son tradicionalistas y aprueban todo: el velo, la reclusión en la casa, la poligamia, el repudio, el pago de la dote, la sumisión femenina y la superioridad masculina.
- El 50% son modernistas y exigen igualdad del hombre con la mujer, tanto de hecho como de derecho, monogamia, libre elección de pareja, aborto, anticoncepción y divorcio.
- El 30% son mujeres de transición, tolerantes, conciliadoras. Aceptan la autoridad del hombre sobre la mujer, pero no de forma aplastante. Consideran que el hombre debe escucharlas, consultarlas, ampararlas y estimarlas. En cuanto a la elección de la pareja ésta debe ser personal, pero aprobadas por los padres. ¿La virginidad? Esencial para el honor de la mujer. ¿La poligamia? Poca. ¿La dote? Es necesario conservarla, haciéndola razonable, pues enaltece a la mujer.

c) CHINA

El modelo familiar de la cultura china prácticamente ha permanecido sin cambios desde el comienzo de las primeras dinastías hasta la primera mitad de este siglo. Tal situación se debe al hermetismo que ha prevalecido en esta gran nación, pero que afortunadamente va desapareciendo gradualmente. Dicho hermetismo se debió a su

⁴ Castellan, Yvonne. *La familia*. . México, p. 41

aislamiento del mundo exterior, ya que al norte se tuvo que proteger de las civilizaciones bárbaras, por medio de la Gran Muralla, al sur por las selvas tropicales de Indochina, al este por el océano pacífico y al oeste por el desierto de Gobi. De esta manera, era difícil mantener relaciones con otras culturas.

"La familia en el pueblo chino juega un importante papel en la organización social de China, al grado de que el individuo queda sujeto en gran medida al grupo formado por ésta en su sentido más amplio. Tal estructura se refleja claramente en las ideas del gran pensador Confucio.

El pueblo chino da gran importancia a la familia. El culto es en gran parte una veneración de los ancianos, además de adorar las fuerzas de la naturaleza, como el sol y la lluvia."⁵

Entre los pensadores más importantes de China destaca Confucio. Él, junto con su discípulo Mencio, destacan la importancia de la bondad y de las virtudes asimismo, predicando la importancia de la familia y el respeto que debe de haber hacia su padre.

El modelo clásico de la familia china era Patriarcal.

Los cónyuges en la organización familiar china no se conocen sino hasta el día de la boda. El matrimonio era arreglado por los padres de los contrayentes desde muy temprana edad.

Las mujeres eran consideradas como objetos, pues su única labor consistía en dar hijos. Estaba sometida a la autoridad de su marido, pero

⁵ Brom Juan *Esbozo de Historia Universal*, p.41

podía desatender a éste si era la voluntad de los suegros, ya que su deber esencial era para con ellos; por lo que respecta a sus padres, los dejaba de ver desde el momento de casarse. Una viuda no podía volver a casarse a menos que tuviere el consentimiento de los padres de su difunto marido.

Era práctica común la poligamia sin embargo, ésta se daba principalmente entre los ricos. No obstante que los chinos podían tener varias mujeres solo una de ellas tenía la categoría de esposa y las demás estaban sometidas. El marido gozaba de una libertad sexual absoluta, así como también los hijos varones.

Por lo que respecta al divorcio este se pedía por diversos motivos, tales como: la esterilidad, la desobediencia habitual, los celos (cuando una mujer no acepta a otra), enfermedades contagiosas, adulterio, entre otras. Todas estas recaían sobre la mujer.

Como se desprende del párrafo anterior, el divorcio para el hombre era cosa fácil era, por así decirlo, el único facultado para pedirlo, sin embargo, deja a la mujer en un total estado de indefensión, pues debía soportar todas las actitudes de su marido, situación que como hemos estado viendo era muy común entre las civilizaciones antiguas.

Tal era la perspectiva en China, hasta que en el año de 1950, a iniciativa de Mao Tse Tung se promulgó la Ley Matrimonial, la cual estableció la prohibición de la poligamia, del concubinato, de los esponsales de menores, entre otras cosas y se optó por un matrimonio monogámico y por la familia nuclear y conyugal. En el aspecto jurídico la mujer sería igual al

hombre en todos los planos y deberían de compartir las mismas cargas del matrimonio. Se prohibió el infanticidio y el matrimonio entre parientes.

Dado el incremento excesivo de la población, se determinó como edad para contraer matrimonio los 30 años.

d) EGIPTO

Egipto es la cuna de una de las civilizaciones más grandes del mundo antiguo. Hasta principios del siglo XX fue considerada como la primera, sin embargo, recientes descubrimientos arqueológicos demostraron que la civilización sumeria fue todavía anterior a la cultura egipcia, pues los hallazgos han demostrado que en siglo IV a.C. existió una gran civilización en las tierras de Mesopotamia, los sumerios. Sin embargo, debe de reconocerse que ninguna civilización ha dejado restos tan brillantes como la egipcia.

En la familia egipcia era práctica común el matrimonio poligámico. Este se podía practicar incluso entre la misma familia, con el fin de conservar pura la sangre y conservar los bienes dentro del mismo núcleo. El incesto no se consideraba un delito, como ocurriría más tarde en la civilización romana. La mujer en un principio poseía demasiada libertad, pues era consecuencia de una organización matriarcal, sin embargo con la llegada del patriarcado perdió toda su independencia y libertad. Los matrimonios en Egipto se celebraban a temprana edad trayendo como consecuencias familias muy numerosas, pero también degeneraciones en

la especie, pues tenían relaciones sexuales desde muy jóvenes y como se mencionó anteriormente, por casarse entre parientes.

Al principio, el matrimonio no estaba debidamente regulado, ya que los egipcios no tenían ni la más mínima idea de lo que era el matrimonio. Los hombres poseían únicamente a las mujeres con el fin de satisfacer sus instintos, pero no se ocupaban de los hijos nacidos durante esta unión. Ante esta irresponsabilidad, la mujer se hacía cargo del niño y llevaba su nombre. Fue Cecrops el que vino a reglamentar debidamente el matrimonio, imponiendo leyes y reglas para ello.

En el imperio egipcio existían solo dos clases sociales, estas eran: Gobernantes y gobernados. Por encima de ambas estaba el Faraón, que mas que persona era considerado un dios, un dios terrenal, pues el era la encarnación del dios supremo.

El faraón era dueño de todo y sobre todo tenía dominio.

Inmediatamente después de él estaba su familia, es decir la reina y sus hijos

La clase social inmediata estaba compuesta por el clero o clase sacerdotal funcionarios, oficiales del ejercito y los profesionistas. Todas estas clases sociales gozaban de cierta igualdad de condiciones.

El último escalón de esta pirámide social estaba formado por la gran masa del pueblo, la cual estaba constituida por campesinos, labradores, ganaderos, pastores, carpinteros, obreros, mineros, etc. Es esta última clase social donde encontramos mas definida la estructura familiar del

pueblo egipcio. Todo el afán de los egipcios se centraba única y exclusivamente en su familia, sus esposas y sus hijos. Eran un pueblo poligámico, pero solo una de sus mujeres era la señora de la casa. El nacimiento de un hijo era motivo de fiesta y regocijo. Las madres de alto rango, inmediatamente confiaban el cuidado del niño a una nodriza, quienes por este solo hecho pasaban a formar parte de la familia, tan es así que cuando un faraón quiere legitimar su usurpación al trono, el paso a seguir es casarse con la nodriza del faraón anterior, de esta manera se legaliza su estancia en el trono.

e) GRECIA

Entre 1800 y 1100 a.C. se establecen en el país al que dan su nombre los griegos propiamente dichos. Sus principales pueblos son los aqueos, los dorios, los jonios y los eolios.

Los dorios establecen su principal ciudad en Esparta. El centro de los jonios es el Ática, con Atenas, que data probablemente de la época aquea.

La organización espartana era fundamentalmente colectivista. Según la ley la propiedad estaba repartida por igual entre los ciudadanos, aunque en la realidad había diferencias importantes.

Esparta se caracterizaba por la conservación de una comunidad de democracia militar reducida al pueblo dominante. Otras ciudades vivían sin derechos y sujetas a explotaciones.

autoridad paterna y la unidad de familia disminuyen y crece la libertad y el individualismo⁷

Los hombres pasaban su tiempo en el ágora hablando de política y filosofía. Se ejercitaban en los campos atléticos, desarrollaban sus deberes militares y tomaban parte en los festivales del estado.

Las mujeres por su parte, se quedaban en casa tejiendo, hilando y haciendo sus quehaceres domésticos, tenían una posición completamente secundaria. Únicamente en Esparta se les daba cierta beligerancia, y las mujeres espartanas eran conocidas como buenas madres y buenas esposas. En Atenas no podían intervenir para nada en la vida pública, y eran solamente las primeras servidoras en la casa. Esto llevó a que el amor no pudiera llegar a una culminación verdadera dentro del matrimonio y a que se dieran caso de desviaciones sexuales de los hombres hacia el homosexualismo, además de que trataran con mujeres públicas. De hecho, la prostitución en Atenas era reconocida oficialmente y se gravaba a las mujeres que lo practicaban.

El matrimonio en Grecia se llevaba a cabo a través de una compra, en el que el novio pagaba al padre de la novia su precio correspondiente. Sin embargo, esta compra es recíproca, pues el padre de la novia le entregaba una dote, una dote que seguiría siendo propiedad de la novia y posteriormente futura esposa. Tal situación era para evitar que el novio se casara exclusivamente por interés a la dote. En tal virtud, el griego no se

⁷ Chávez Ascencio, Manuel F. *Apud* Antonio de Ibarrola, *La Familia en el Derecho*, Relaciones jurídicas paterno filiales, p 67

casaba ni por amor, ni por interés, ni por disfrutar el matrimonio, sino solo para perpetuar su descendencia. Tal era la importancia de la descendencia que si una mujer era estéril, era motivo suficiente para pedir el divorcio, pues el objeto de matrimonio era precisamente tener hijos. Además de que el divorcio se podía pedir en cualquier momento, sin necesidad de justificar motivo alguno. Cuando el novio llegaba a ser estéril, podía pedir la ayuda de un pariente, en cuyo caso el hijo nacido se consideraba del marido

No obstante lo anterior, el divorcio entre los griegos rara vez se pedía, pues simplemente le bastaba a la mujer abandonar el domicilio conyugal, llevarse las cosas que le pertenecían y no volver. El marido por su parte, se aseguraba de que efectivamente la mujer no volviera cerrando la puerta, al momento del abandono del hogar.

f) ROMA

Durante la época romana, la familia estaba totalmente sometida a la autoridad del paterfamilias, éste poseía poderes muy amplios sobre todos los integrantes de la familia, incluyendo desde luego el derecho de vida y muerte sobre sus hijos. Era además el único propietario de los bienes del grupo

La familia romana tenía por excelencia el sistema patriarcal, el cual se caracterizaba principalmente por el férreo concepto de la autoridad sobre la esposa, así como la desigualdad absoluta entre los dos sexos.

Incluso, la etimología latina explica el sentido histórico de la familia patriarcal, pues *famulus* quiere decir esclavo doméstico.⁸

En Roma la familia comprendía al paterfamilias, que era el jefe de la *domus* o familia, los descendientes que están sometidos a su patria potestad y la mujer *in manu*.

La familia en el Derecho Romano se emplea en dos sentidos opuestos, esto es *Cognatio* (parentesco natural) y *Agnatio* (parentesco civil)

“Cognatio es el parentesco que une las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendiendo de un autor común (línea colateral) sin distinción de sexo”⁹

Este tipo de parentesco reconoce tanto la línea materna como paterna

“Agnatio es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Es muy difícil dar una definición completa de los agnados. Se puede decir que son los descendientes, por vía de varones de un jefe de familia común, colocados bajo la autoridad, o que le estuvieran sometidos si aún viviera”¹⁰

En este caso cada persona solo tiene dos abuelos, los paternos; no existe la agnación entre la madre, a menos que esta sea *in manu*, por lo tanto cuando dos hermanos nacen de una misma madre se dice que no

⁸ Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Barcelona, 1982, p. 631

⁹ Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. p. 96

¹⁰ *Ídem*, p. 97

son hermanos, ya que como se dijo anteriormente, la descendencia únicamente se sigue por vía de varones.

El paterfamilias, como ya lo hemos mencionado, poseía poderes muy amplios sobre la familia, era el centro de la *Domus*. Todo paterfamilia es una persona *sui juris*, esto es, no está sometido a la autoridad de nadie y solo él ejerce la patria potestad. Sin embargo en el Derecho Romano, a pesar de tener una organización patriarcal, se podían dar casos de que una mujer fuera *sui juris*, llamada también materfamilias, con todas las características como si se tratara de paterfamilia.

Las personas que estaban sometidas a la autoridad de otro eran llamados *alieni juris*. Eran todos los demás miembros de la domus

El matrimonio en Roma era monogámico y solo reconocía dos formas:

- a) *Iustae nuptiae*, con amplias consecuencias jurídicas
- b) Concubinato, con reducidas consecuencias jurídicas¹¹

Los requisitos para llevar a cabo un matrimonio *iustae nuptiae* son:

- a) *Contubernium* es decir, que ambos cónyuges sean patricios. El *Contubernium* también es la capacidad legal para contraer matrimonio bajo esta forma. El Derecho Romano admite como incapacidad relativa las causadas por el parentesco y la alianza, por motivos morales y políticos. Cuando falta alguno de éstos requisitos, se dice que estamos hablando de concubinato, el cual fue creado como respuesta a la desigualdad de

¹¹ Floris Margadant S. Guillermo. *El Derecho Romano*. p. 207

condiciones. Los romanos dan el nombre de *concubinatus* a “una unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas”¹²

La disolución del vínculo matrimonial se daba en primer lugar por la muerte de uno de los cónyuges.

Existía también una declaración unilateral, llamada *Repudium*, que no es otra cosa más que el repudio que hace un cónyuge a otro cuando se acababa el *affectio maritalis*. Al lado de esta figura encontramos el divorcio por mutuo consentimiento.

Cuando Justiniano sube al trono, se encuentra con cuatro clases de divorcio, que son los siguientes¹³:

- a) Por mutuo consentimiento
- b) Por culpa del cónyuge demandado en los casos que tipifica la ley
- c) Sin mutuo consentimiento, y sin causa legal, en cuyo caso el divorcio es válido, pero da lugar a un castigo del cónyuge que hubiera insistido en el divorcio
- d) *Bona gratia* cuando no se basa en la culpa de uno de los cónyuges, pero sí fundado en circunstancias que harían inútil la continuación del matrimonio, v.g. impotencia o inmoral, como voto de castidad.

g) EDAD MEDIA

¹² Petit, Eugene. *Op. cit.* p. 110

¹³ Flons Margadant S. Guillermo. *Op. cit.* p. 212

La Edad Media tiene una duración aproximada de 1,000 años sin embargo, no se puede precisar con exactitud tanto la fecha de su inicio como de su término, pues mientras para algunos historiadores comienza con la Caída del Imperio Romano de occidente en el año 476 d.C, para otros comienza cuando Alaric, rey de los visigodos, saquea Roma en el año 410 d C. Lo mismo sucede con el fin de la Edad Media, algunos dicen que termina con la Caída del Imperio Romano de oriente (1453), otros con el Descubrimiento de América (1492) o con el comienzo de la Reforma.

Es el caso que aún antes de la Caída del Imperio Romano de occidente, la situación política de Europa empezó a cambiar. Empero, la familia y la organización social de Europa durante la Edad Media se mantenían como en la antigua Grecia y Roma, pues los orígenes de la sociedad feudal se encuentran básicamente en el bajo Imperio Romano.

La sociedad está organizada en forma de pirámide, cuyo vértice esta ocupado por el Papa y el emperador. Debajo de éstos se encuentran los cardenales los arzobispos, obispos, hasta llegar a los párrocos, en cuanto a la iglesia, y los nobles de distintas categorías, la más baja de las cuales es la de los barones. Los nobles generalmente, detentan sus feudos por herencia aunque pretendidamente es el señor de jerarquía superior quien otorga a los inferiores su posición. Todo el edificio descansa sobre el trabajo de los campesinos siervos. El Sistema alcanza su culminación por los siglos IX y X . Los feudos se definen como pequeños estados. En lo económico, los feudos son casi autosuficientes;

en ellos se produce la mayor parte de lo que se consume y se consume casi todo lo que se produce.

Los señores feudales tenían muy poca instrucción o de plano carecían de ella. Vivían dedicados a la guerra y celebraban torneos en que se realizaban juegos caballerescos, que eran principalmente luchas entre jinetes.

Junto al sistema feudal, a partir del Siglo X, aproximadamente, surgen las ciudades, centros del comercio y de la producción artesanal. Poco a poco van aumentando en importancia. Hacia fines de la Edad Media se plantea la sustitución del sistema de la servidumbre y del feudalismo, por otra forma económica y política más adelantada

“Sólo más tarde, en la Edad Media, el Derecho canónico continúa con éxito la lucha contra el divorcio, declarando que el matrimonio es indisoluble por naturaleza, pero permitiendo como remedio para situaciones de inaguantables, el *divortium quoad torum et mensam, non quoad vinculum* (divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo) la declaración de nulidad, dispensas por no haber consumado el matrimonio y el privilegio Paulino”¹⁴

Por lo que se refiere al derecho de sucesiones, el mundo feudal no conoce otros derechos que los de la fuerza y la estirpe, corroborado este último por la tendencia a transmitir los feudos de padre a hijo. Es necesario hacer notar que esta sucesión solo es transmisible al

¹⁴ *Ídem* p. 213

primogénito, por lo que los demás hijos no pueden aspirar a la sucesión, quedándoles como alternativa aprender el oficio de las armas, pues solo entrando al servicio de algún poderoso pueden esperar el galardón de una investidura.

El maestro Manuel Chavez Ascencio dice al respecto: “La situación en general era buena para el primogénito pero pésima para los demás y las mujeres. Esto se debió principalmente al temor de desmembrar el poderío y el acervo patrimonial de un señor en varios de sus hijos, lo cual traería como consecuencia el debilitamiento del señorío feudal. Se calificaba a la propiedad desde un punto de vista familiar y no individual. La constancia de tal afirmación la encontramos en el mayorazgo, pues la familia era la dueña de la tierra, y su explotación debe hacerse colectivamente para evitar la escisión del poderío señorial. Se prohibía a los herederos enajenar la tierra, por lo cual debemos reconocer al sucesor como vigilante del patrimonio”¹⁵

Al igual que sucedió en Persia, se consideraba una necesidad apremiante el aumento de la población durante la edad media, razón por la cual se imponían ciertas penas contra los solteros y privilegios para los casados.

¹⁵ Chávez Ascencio, Manuel F. *Apud*. Julián Guitrón Fuentevilla. *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales* p 53

CAPITULO SEGUNDO

RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES

1. PRINCIPIO DE FAMILIA

De alguna manera, la familia existe en cada sociedad del mundo y cada persona es o era miembro de ella. Desde el punto de vista social, la mayoría de las personas son miembros de un grupo que ellos perciben como familia, en el cual las relaciones operan en una atmósfera de aceptación, intimidad, apoyo y confianza. Para la mayoría de los antropólogos y sociólogos, el término familia se refiere a personas relacionadas por sangre, matrimonio o adopción y quienes comparten una residencia común.

Dada la variedad de ideologías, la diferencia existente entre poblaciones rurales y urbanas, grados de desarrollo económico, religión y costumbres sociales, se puede afirmar que no existe una familia tipo. Por ejemplo, las familias rurales varían según su región, su procedencia étnica, etc y las familias urbanas pueden ser de clase baja, media o alta, cada una con sus propias peculiaridades.

Al respecto la Lic. Alicia Pérez Duarte nos dice que "las familias no son unidades homogéneas, presentan diferencias entre regiones, por áreas rurales y urbanas entre sectores sociales y grupos étnicos. Internamente se caracterizan por relaciones asimétricas, de acuerdo con la

edad, sexo y parentesco de sus integrantes. Las decisiones que se toman en su seno son producto de una responsabilidad, compartida o impuesta, entre sus miembros. Asimismo, los derechos y obligaciones no necesariamente se asumen de igual forma entre sus integrantes. La organización familiar de los procesos de reproducción generacional y cotidiana, se basa en lazos de afecto y solidaridad entre los miembros; pero también genera tensión, conflictos y hasta violencia.”¹⁶

La Familia es una de las instituciones más importantes del Derecho moderno, pues es considerada como núcleo primario y base de la sociedad. Es evidente, que para el desarrollo y personalidad de los hijos, la primera educación se da entre la familia. Es aquí donde el niño va aprender su lenguaje, sus principios morales, religiosos y su comportamiento social; lo que el niño aprenda en su familia es lo que va a reflejar en la sociedad, por eso, la buena educación de los hijos trae como consecuencia buenos ciudadanos y, por ende, una mejor sociedad. La estrecha relación que mantiene la familia con todo el entorno social, da lugar a señalar que la sociedad será como sean las familias.

Virginia Satir nos dice al respecto que “las familias conflictivas forman personas conflictivas, y contribuyen así al crimen, a la enfermedad mental, al alcoholismo, abuso de drogas, pobreza, juventud enajenada, extremismo político y muchos otros problemas sociales. Si no dedicamos nuestros mayores esfuerzos al desarrollo familiar y a la formación de

¹⁶ Pérez Duarte, Alicia. *Derecho de Familia*, p. 22

gentes que tengan un sentido más verdadero de lo humano, creo que nuestros problemas sociales actuales irán aumentando día con día, terminando quizás con la extinción de todos.”¹⁷

Por otra parte, considero que en México no se le da la debida importancia que la institución de la familia merece, pues basta mirar a cualquier punto de nuestra ciudad para darse cuenta de las condiciones críticas que vive el país: Por ejemplo, la Ciudad de México esta llena de violencia, niños de la calle viviendo en condiciones inhumanas, familias de escasos recursos que no tienen que comer, donde vivir, etc.

Al analizar el artículo 4º de nuestra Constitución Política nos percatamos que respecto a la familia dicho artículo dispone entre otras cosas que

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”

Cada vez que leo esto, no puedo menos que preguntarme ¿Nuestro gobierno está cumpliendo con lo dispuesto por éste artículo? francamente lo dudo mucho es verdad que ha hecho cosas buenas y una de ellas es la creación del DIF (Desarrollo Integral de la Familia), que como su nombre lo indica fue creado para el fortalecimiento e integración de la familia sin

¹⁷ Satur. Virginia, *Relaciones humanas en el núcleo familiar* p. 18

embargo, creo que para poder salvar esta institución que desde mi punto de vista *esta en crisis*, el gobierno debe de poner su mayor esfuerzo y avocarse a lo que señalan las leyes, pues de lo contrario la familia se irá disgregando cada vez más.

En efecto, muchas son las causas por las cuales la familia ha entrado en crisis, pero sin duda la más importante es la causa económica que estamos viviendo en la actualidad.

Anteriormente y de ello no hace muchos años, los ingresos aportados al hogar eran exclusivamente del padre, mientras que la mujer permanecía al cuidado del hogar y de los hijos. Actualmente es necesario el apoyo de la mujer para la manutención del hogar e incluso cada vez es mayor el número de niños que se incorporan también al sostenimiento del hogar, a través del subempleo o actividades como limpiaparabrisas, payasitos callejeros "tragafuego", entre otras. Tal situación trae como consecuencia que la vida en común tiende a desaparecer, el padre, la madre y los hijos se reúnen si es posible, a la hora de comer, si no, hasta la noche y, naturalmente, dado el cansancio físico ocasionado por todas las actividades realizadas durante el día llegan exclusivamente a dormir, sin existir la tan necesaria comunicación entre la familia.

Otra de las causas que esta provocando la crisis en las familias es el abandono al que están expuestos los hijos por parte de los padres. En efecto, como se mencionó anteriormente hoy en día es necesario que tanto el padre como la madre trabajen; ante esta situación, los hijos

quedan abandonados y crecen al total desamparo, trayendo como consecuencia su mala educación, ya que no cuentan con una guía o ejemplo que les pueda decir lo que esta bien y lo que esta mal. Otro dato es que los divorcios van en aumento día con día, y de cada tres matrimonios dos terminan en divorcio.¹⁸

1.1 CONCEPTO DE FAMILIA

"Es el núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes (el conyugal y los de filiación de parentesco).

Cómo núcleo social primario constituye la célula social a través de la cual cada persona desarrolla su personalidad y se integra en los grupos o comunidades más amplias que constituyen el entramado social. Para la sociedad y para el Derecho, la familia tiene un significado institucional porque la familia, por naturaleza, es una 'forma básica y típica de la organización jurídica total'

Es un núcleo integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes. ¿Quiénes componen en concreto, una familia? No hay un concepto único de familia. Hay un sentido amplio (familia troncal) y otro más estricto (familia nuclear). En sentido amplio la familia esta integrada no solo por los cónyuges y los hijos sino también por las personas con otro vínculo de parentesco. En sentido estricto sólo por los

¹⁸ Sanchez, Carlos Cuauhtémoc. *Juventud en extasis*. p. 89

cónyuges y los hijos (o fuera de matrimonio, por el padre o madre y los hijos)"¹⁹

Para Guillermo Borda, en un sentido propio y limitado, "la familia esta constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo. En un sentido amplio suele incluirse dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad"²⁰

Alicia Pérez Duarte define a la familia nuclear como "el núcleo formado por la pareja de adultos y los hijos e hijas -sean consaguíneos o adoptados-, y por familia extensa el grupo difuso que comprende a todas las personas ligadas a través de uno de los tipos de parentesco consanguíneo o el de afinidad"²¹

Belluscio por su parte, señala que el concepto de familia podría tener diversas acepciones, de esta manera en el sentido más amplio lo define como "el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar

En el sentido más restringido lo define como la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad y en el sentido intermedio familia es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella"²²

¹⁹ Peña Bernaldo de Quiros, Manuel, *Derecho de Familia*, p. 11 y 12

²⁰ Borda Guillermo, A. *Tratado de Derecho Civil. Familia I*, p.20

²¹ Pérez Duarte Alicia *Op. Cit* p 20

²² Belluscio, Augusto Cesar, *Manual de Derecho de Familia*, p. 3 y ss

Como hemos observado existen una gran cantidad de conceptos de familia. sin embargo, la mayoría de los autores mencionados con anterioridad coinciden en señalar que la familia tiene dos conceptos, uno en sentido amplio y otro en sentido estricto, incluyendo en el primero al padre, madre e hijos, y en el segundo además de estos, a los parientes cercanos.

Por lo que respecta a la cuestión sobre si la familia es o no una persona jurídica, la gran mayoría de los autores comparten la opinión de que efectivamente la familia no es considerada una persona jurídica, pues a pesar de poseer bienes y que los jefes de familia actúan como voceros y órganos de ella, le falta la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, requisito esencial de la personalidad. Los derechos extrapatrimoniales de la familia -al nombre, a la patria potestad- no son sino meros derechos subjetivos de cada uno de los comportamientos de la familia. al igual que los derechos patrimoniales. Cuando se habla de un patrimonio de familia, no es porque le pertenezca a ella, sino al titular del derecho que la ley, en protección a la familia, le ha puesto ciertas restricciones y limitaciones para su venta o gravamen.

2. LA FAMILIA ACTUAL

Recientes estudios históricos han demostrado que aún con la urbanización e industrialización que el mundo vive, la familia realmente no ha cambiado mucho. La familia nuclear fue la unidad preindustrial más

común y todavía es la unidad básica de la organización social, sin embargo, la familia moderna difiere de la familia tradicional en sus funciones, composición, forma de vida y los roles de los actuales esposos y esposas.

La única función de la familia que al parecer sobrevivirá a todo cambio es la provisión de afecto y apoyo emocional por y para todos sus miembros, particularmente a los niños.

Las funciones que anteriormente eran realizadas por la familia agraria, hoy las realizan instituciones especializadas para ello, como por ejemplo producción económica, educación, religión y recreación. Los trabajos son usualmente separados del grupo familiar, y los miembros de la familia generalmente tienen empleos diferentes y trabajan lejos de casa. La educación es proporcionada por el Estado o grupos privados especializados para ello. La religión y la recreación son llevadas a cabo fuera de casa, aunque ambas tienen todavía un lugar dentro de la vida familiar. La familia es la responsable de la socialización de los niños

Entre las funciones básicas observadas en la familia moderna se encuentran la socialización, apoyo emocional y afectivo, regulación sexual, reproducción y status social.

La familia es señalada como la célula transformadora de la sociedad moderna. EL maestro Chavéz Ascencio dispone una serie de principios o consejos que la familia moderna debe de seguir con el fin de lograr que

esta institución llegue mejor preparada para el futuro inmediato. Dichos principios se transcriben textualmente dada su importancia:

“La familia consiente de su papel actual, tendrá que ir introduciendo dentro de su estructura patrones nuevos que den a sus hijos posibilidades de enfrentarse al futuro con ciertos recursos y conocimientos que les permitan actuar dignamente. Se observan como pistas las siguientes.

Una familia abierta es decir, una familia no centrada en sus miembros, en sus problemas, en sus bienes, en sus valores, sino una familia abierta a la comunidad, a los seres que la rodean, para ponerse al servicio de todos y formar comunidad de familia, para que juntos México cambie

La familia ya no debe ser una familia que defiende a sus miembros de las asechanzas del medio ambiente, sino que señalando a sus miembros los evidentes peligros y dándoles los elementos de superación, se abra y sea la que señale el camino por el que todo México deberá andar en lo futuro

No basta con los conocimientos intelectuales para preparar al niño a enfrentarse a la vida; no le basta poseer una carrera académica o técnica, ni dominar idiomas. Todo esto es evidente, son necesidades para vivir el futuro, pero de nada le servirían si no constituyeran un canal de expresión para la libertad y todo hombre libre necesita tener una serie de canales de expresión para lo que manifieste su potencia interior.

Tenemos miedo a la libertad y preferimos pasar la vida sin sentirnos, sin pensar en nosotros mismos. Nos quejamos de la falta de libertad, hablamos continuamente de ella como derecho fundamental de la persona humana, pero en el fondo hay un terror consiente o inconsciente a que un día se brinde la posibilidad de ser verdaderamente libres y entonces nos preguntaríamos: ¿Qué vamos hacer con la libertad? No estamos educados para responder...”²³

2.1 MONOGÁMICA

Una variación fundamental en las familias es la norma que define el número de esposos. Cada sociedad permite algunas formas de matrimonio la más común es aquella formada por un hombre y una mujer

A esto se le conoce como monogamia y es la única norma que es mundialmente reconocida, esto es que es vista aceptablemente en todas las sociedades. La monogamia también es la forma más predominante incluso en aquellas sociedades donde se permiten otras normas de existencia. Este es un hecho real, a pesar de que solo aproximadamente el 20% de las sociedades del mundo son estrictamente monogámicas, en donde se considera la monogamia como la única forma aceptable de matrimonio.

No obstante lo anterior, existen varias alternativas a la monogamia. El matrimonio con más de una persona es llamado poligamia y se puede

²³ Chávez Ascencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares*, p. 200

dar entre un hombre casado con varias mujeres (poligenia) y una mujer casada con varios hombres (poliandria).

La poligenia es más común, en tanto que la poliandria raramente puede darse. Raro también es el matrimonio por grupos, en el cual un número de hombres se casan con un número de mujeres. Este tipo de matrimonio ha sido encontrado principalmente entre subculturas, por ejemplo en las sociedades hippies de los años 60's y principios de los 70's, donde era común esta figura.

Cuando la poligamia es practicada esta es controlada como cualquier otra forma de matrimonio y si las leyes permiten la poligenia, la habilidad para tener varias esposas es probablemente aplicada en primer lugar a los hombres cuyas posiciones y status sociales son altos. La poligenia es una práctica común en África, entre los países musulmanes y en muchos grupos tribales de Sudamérica y de todo el mundo.

La monogamia, al igual que la poligamia y otras formas de matrimonio, han existido desde siempre, es decir son tan antiguas como la misma humanidad.

2.2 HETEROSEXUAL

La heterosexualidad es la atracción sexual básica de un sexo hacia el otro sexo

La sexualidad humana es una parte integral de la vida, pues se trae desde el nacimiento hasta la muerte. Sin embargo el comportamiento

sexual también puede ser influenciado por la cultura y por leyes acerca del sexo.

El maestro Chávez Ascencio dice al respecto: "La persona humana tiene una estructura determinada. Cada hombre está constituido naturalmente en varón (estructura viral) o mujer (estructura femenina); existe una mutua y natural atracción entre varón y mujer, como consecuencia de lo anterior, la tendencia o impulso natural a unirse en matrimonio. Hay una inclinación natural al matrimonio que esta impresa en el ser humano y abarca todo el hombre en su parte material y racional"²⁴

Uno de los fines del matrimonio es el de la procreación, es decir la aparición de la prole y esta solo es posible en un matrimonio heterosexual, donde hombre y mujer se junten con el propósito de fundar y mantener una familia.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 147 señala lo siguiente:

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

Del artículo transcrito se desprende que nuestra legislación solo regula los matrimonios heterosexuales, es decir aquellos formados entre un hombre y una mujer, que debido a su naturaleza y constitución física no son contrarias a la perpetuación de la especie.

²⁴ Chávez Ascencio, Manuel F. *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales*, p. 2

La homosexualidad no está regulada en nuestro sistema, pese a que cada vez es más común encontrar parejas homosexuales.

Desde el punto de vista biológico Desmond Morris dice que “no hay nada de corriente en los actos homosexuales de pseudocópula. Muchas especies la practican, en numerosas circunstancias. Pero desde el punto de vista de la reproducción, la formación de un lazo homosexual es inconveniente, ya que no puede conducir a la producción de retoños y estropea la posible función reproductora de los adultos”.²⁵

3. LA FILIACIÓN

“Por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre, y su hijo, a los cuales la ley les atribuye derechos y deberes”.²⁶

En efecto, la filiación es la relación jurídica que se da entre padres e hijos y que produce consecuencias jurídicas. Su esencia original es establecer el vínculo biológico. Se diferencia de los conceptos de maternidad y paternidad, en que estos hacen referencia a los padres y madres y la filiación hace referencia a los hijos.

La filiación pretende regular la procreación de los hijos, tanto dentro de matrimonio como fuera de él. Sin embargo, se extiende a personas extrañas, creando una relación jurídica entre ellas, como si se tratara de padres e hijos, por ejemplo la adopción.

²⁵ Morns, Desmond *El mono desnudo*, p. 80

²⁶ Baqueiro Rojas, Edgardo. *Derecho de Familia v. Sucesiones*, p. 115

Los principios básicos de la filiación son que la maternidad siempre cierta es, el marido de la madre es el padre de los hijos y a cada hijo solo puede atribuírsele un padre y una madre. Dichos principios supuestamente deben ser aplicables a toda filiación sin embargo, de alguna manera dichos principios son ya obsoletos, pues actualmente y debido a los adelantos científicos y tecnológicos, existen algunas técnicas de fecundación, -las cuales veremos en el capítulo posterior- que vienen a romper con estos esquemas. Por otra parte, cada vez es más común que ciertas mujeres tomen la decisión de formar su familia sin establecer una relación con un varón-padre, son las llamadas madres solteras.

"La filiación es un instituto importante tanto en las relaciones familiares como en la protección a la niñez. No sólo porque nos dé una respuesta en la búsqueda del padre y la madre que se responsabilicen del crecimiento y desarrollo del menor o la menor, sino porque hoy en día la filiación está adquiriendo un sentido más amplio a la luz que se debe dar a la atención del interés superior de la infancia antes que a cualquier otro.

Los derechos humanos de la niñez, como el derecho al nombre, a reconocer sus propios orígenes, a la salud, entre otros, inciden en la adecuada orientación de la filiación. Es decir, si el señalamiento del padre y de la madre atiende a factores de interés ajenos al menor y se oculta la verdad biológica, se violarán estos derechos aunque se argumente la pretendida "protección" del niño o niña en cuestión; en cambio, si se distingue claramente la verdad biológica al definir la relación de filiación,

independientemente de los intereses sociales que pudieran conjugarse con esta verdad y que no necesariamente coinciden con los del menor, se estarán realmente respetando estos derechos”²⁷

Como se deduce de lo anterior la filiación es una institución que va cobrando más importancia cada día, por lo consiguiente debe ser revisada para poder realizar las reformas conducentes, sobre todo en los aspectos de reproducción asistida

3.1 FILIACIÓN LEGÍTIMA

Antes de comenzar y dar la definición de la filiación legítima, es pertinente aclarar que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en la exposición de motivos señala que “se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, se procuró que unos y otros gozasen los mismos derechos pues es una irritante injusticia que los hijos sufran consecuencia 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 no tienen culpa”.

Desafortunadamente, no se tuvo especial cuidado al momento de reformarlo, pues los artículos 62, 64, 77 y 78 todavía hacen mención a los hijos adulterinos, incestuosos y naturales, hecho que no debió de haberse permitido, ya que se debió de hacer referencia a la situación de los padres, para no calificar a los hijos.

²⁷ Pérez Duarte Alicia, *Op Cit* p 168 y 169

La filiación legítima es aquella que se refiere a los hijos nacidos dentro del matrimonio. El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal dice al respecto:

Artículo 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 la 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.

La filiación legítima se presupone y se demuestra con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de los padres (artículo 340 C C)

Otros medios de prueba que la ley autoriza son la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, así como cualquier otro medio establecido por la ley, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hecho ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. (art. 341 C.C)

Se entiende por posesión de estado de hijo a la forma o trato que se le ha dado al niño Es decir que con esta probanza se deberá acreditar que el niño ha sido tratado por los presuntos padres como si efectivamente

fuera su hijo, procurando además su subsistencia, educación y establecimiento.

Por otra parte y como se menciona anteriormente, se presumen hijos de matrimonio los habidos después de 180 días contados desde la celebración de matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo.

Ahora bien, como lo establece el artículo 325 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, 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 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento, además de que tampoco podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, inclusive 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. (art. 326 C.C.)

Definitivamente comparto el criterio de la Lic. Pérez Duarte de que estas presunciones deben ser revisadas, pues como se menciona líneas atrás ya es posible la fecundación y reproducción sin necesidad del acceso carnal que aluden los artículos precitados.

También menciona con mucha razón, sobre lo que se pretende buscar con las presunciones porque 300 días son diez meses y como todos sabemos la gestación solo dura nueve, entonces ¿Que se gana con identificar a fuerzas a un padre que en realidad no lo es? y ¿Qué

beneficios obtiene el niño, cuando esa paternidad va a ser un conflicto en su vida?

La situación se complica aun más cuando la mujer ha tenido relaciones sexuales con dos varones dentro o cerca de los plazos mencionados. En este caso el artículo 334 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

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

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

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

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

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

Al respecto, la Lic. Pérez Duarte nos plantea la pregunta de si no sería más sencillo educar a la población en la responsabilidad de nuestros actos, incluidos aquellos relacionados con la sexualidad y la procreación. Y si esta responsabilidad fallara por circunstancias inherentes a la naturaleza humana, el sistema jurídico debería reconocer que la mujer es la única que puede saber quien es el padre de su hijo o hija y concederle valor presuncional a su dicho que solo puede ser desvirtuado con prueba en contrario ²⁸

3.2 LA FILIACIÓN NATURAL

La filiación natural es aquella que hace referencia a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Antiguamente se les denominaba hijos ilegítimos y establecían su filiación exclusivamente por el lado de la madre, pues la paternidad carecía de certidumbre debido a la ausencia de cohabitación estable y exclusiva de la madre con quien se procreó el hijo.

Las diferencias suscitadas entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, como se explicó anteriormente en la exposición de motivos del Código Civil, ya no existen en México, desde la Ley de Relaciones Familiares de 1917. Los derechos de los hijos en relación con sus progenitores y las familias de los mismos son iguales independientemente de que los padres se encuentren casados o no.

²⁸ *Idem.* p. 172

La importancia que reviste la distinción entre los hijos legítimos y naturales radica solo en la forma de probar la relación filial, mientras que en la filiación legítima es siempre doble, o sea de ambos padres, la filiación natural puede ser unilateral, es decir respecto a uno solo de los progenitores, sin estar constituido necesariamente el otro.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 360, establece que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta con relación a la madre del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare su paternidad. En este último caso se pueden legitimar con el matrimonio subsecuente de los padres, lo cual se tendrían como hijos nacidos dentro de matrimonio. (art. 354 C.C)

Desde mi punto de vista considero que la legitimación no tiene razón de existir pues si el mismo Código Civil esta mencionando en su exposición de motivos que se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, quiere esto decir que ambos poseen los mismos derechos y obligaciones luego entonces, el legitimarlos no les aporta absolutamente ningún beneficio adicional

Por otra parte, el maestro *Rojina Villegas* define al reconocimiento como el "Acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación"²⁹

²⁹ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Apud*, *Rojina Villegas. Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, p. 476

Ahora bien este reconocimiento debe hacerse en la forma prevista por la ley, esto es de acuerdo con lo estipulado en el artículo 369 del Código Civil

Art. 369 El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

I En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;

II Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escntura pública,

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa.

Cuando este reconocimiento no se obtiene voluntariamente queda al hijo la acción del reconocimiento forzoso, con el fin de establecer la filiación que le corresponde. En este caso habrá que reconocer la filiación respecto de la madre y a través de ella, investigar quien fue el padre.

El Lic Baqueiro Rojas dice al respecto: "Para probar la maternidad ya sabemos que deberán determinarse dos hechos: el parto y la identidad del nacido con el reclamante. La única limitación a este derecho, aparece cuando se pretende atribuir la maternidad a una mujer casada, aunque se alegue que el nacimiento ocurrió con anterioridad al matrimonio. Pero si la maternidad se deduce de una sentencia civil o penal -adulterio o exposición de infante- el hijo puede demandar la investigación de la

maternidad para establecer su filiación, a pesar de que a la fecha de la demanda la madre haya contraído matrimonio”³⁰

Por lo que respecta a la investigación de la paternidad, nuestro sistema solo lo permite en cuatro casos:

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

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

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

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

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

El Lic. Castán Tobeñas define a la investigación de la paternidad como “la facultad que tienen los hijos ilegítimos, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar pruebas de su filiación con el fin de que esta sea declarada por los mismos, e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno-familiar lleva consigo”³¹

³⁰ Baquero Rojas, Edgardo. *Op cit*, p. 198

³¹ Castán Tobeñas, José. *Derecho español, civil, común y foral*. Tomo V. Vol. 2, p.65

En nuestro derecho se permite en forma absolutamente liberal, cualquier principio de prueba, sin que sea necesario que esta sea escrita, como ocurre con otras legislaciones.

No obstante lo anterior, las dificultades para encontrar una prueba plena que determine quién es el padre de quién hacen prácticamente imposible obtener una sentencia declaratoria de paternidad, pues hasta ahora se necesita de la buena voluntad del padre para someterse a los análisis clínicos correspondientes, los cuales, en todo caso, solo pueden determinar con cierta aproximación la negación de la paternidad.³²

3.3 LA FILIACIÓN CIVIL

Como se mencionó anteriormente, la filiación que se extiende a personas extrañas, crea un vínculo jurídico entre ellas es decir, la adopción

"Se puede definir la adopción diciendo que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima"³³

La adopción tuvo una gran importancia en la antigüedad, ya que fue utilizada principalmente para la conservación de la familia y para la

³² Pérez Duarte, Alicia *Op cit.* p 168

³³ Chávez Ascencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Familiares*, p.199

prolongación de la estirpe, así como también para el aseguramiento de las riquezas familiares.

Con el devenir de los años tuvo un decaimiento para resurgir nuevamente en Francia, en la época napoleónica.

Para el maestro Chavez Ascencio, "la adopción es considerada como una imitación a la naturaleza. Es decir genera una relación paterno-filial en donde la naturaleza no ha dado hijos a los matrimonios, o bien, permite a personas solteras establecer esta relación filial, cuya finalidad objetiva actual es de beneficencia, de cuidado y atención al menor, que al Estado le interesa para entregar a las familias los hijos expósitos"³⁴

Para la Lic Pérez Duarte, la adopción defiende su existencia y trascendencia en función de los beneficios que trae para la persona adoptada.

Desde mi punto de vista considero que esta institución abarca las dos corrientes. Es una imitación a la naturaleza porque efectivamente el hijo adoptivo vive una situación equiparable a la del hijo consanguíneo, es decir, es tratado como si fuera hijo propio.

Desde luego la concepción y el nacimiento son hechos que no se pueden imitar, lo imitable en este caso es la relación interpersonal que se da entre el adoptante y el adoptado.

³⁴ *Idem.* p. 200

Ahora bien, la otra postura la considero también correcta, pues con la adopción se pretende traer beneficios a la persona adoptada, ya que busca el bienestar de la niñez que carece de familia.

Para poder adoptar es necesario reunir una serie de requisitos los cuales están contenidos en el artículo 390 del Código Civil, es decir ser mayor de 25 años, libre de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos y una diferencia de 17 años entre el adoptante y el adoptado, además debe de acreditar que cuenta con los medios suficientes para su subsistencia, que la adopción es benéfica para el adoptado y que el adoptante es de buenas costumbres.

El marido y la mujer pueden adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años cuando menos. (art. 391 C.C)

Existen dos clases de adopción la plena y la simple. La simple es aquella que crea un vínculo únicamente entre el adoptante y el adoptado, conservándose los efectos del parentesco consanguíneo para el adoptado.

La adopción plena es aquella en donde se incorpora al adoptado a la familia del adoptante, creándose entre ellos un parentesco como si se tratara de consanguinidad, desapareciendo los vínculos con la familia de origen.

Nuestro Código Civil regula la adopción simple, pues en el artículo 295 expresa

Art. 295. El parentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado.

Asimismo, el artículo 403 dispone que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que se transfiere a la persona que lo adopto.

En consecuencia, a pesar de que existe un lazo entre el adoptante y el adoptado, también éste último va a seguir conservando un vínculo para con su familia natural

Desde mi punto de vista considero que esta figura de la adopción debe ser revisada muy cuidadosamente, para posteriormente realizar las reformas necesarias a esta institución. En efecto, uno de los fines de la adopción es el integrar una familia, dándole a la niñez el privilegio de contar con una familia y a esta darle la felicidad de tener un hijo; es por ello por lo que considero que nuestra legislación debe de tomar la adopción plena, pues solo a través de esta el adoptado tendrá los mismos derechos y obligaciones de un hijo legítimo y se desvinculará totalmente de su familia de origen.

La revocación es procedente cuando se da alguno de los supuestos establecidos en los artículos 405 y 406, es decir, por convenio expreso entre las partes o cuando existe ingratitud por parte del adoptado.

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO Y LA CIENCIA

1. MANIPULACIONES GENÉTICAS Y FAMILIA

El desarrollo alcanzado en la Ingeniería Genética permite vislumbrar un mundo en el cual será posible combatir las enfermedades hereditarias, muchas de las cuales hasta ahora han sido imposible curar y evitar. Gracias a la Ingeniería Genética es posible sustituir un gen defectuoso por uno bueno de esta manera se pueden "evitar muchas de las 3,500 enfermedades genéticas descritas hasta ahora. Además una vez que se determinen los genes responsables de favorecer, a lo largo de la vida de una persona, la aparición de distintos tipos de cáncer, la diabetes o las afecciones cardíacas, por mencionar solo algunos ejemplos, los individuos propensos podrán adecuar su dieta y costumbres para retardar o, directamente, evitar la presentación de dichas enfermedades"³⁵ En el campo del Derecho de Familia la genética da esperanzas a las parejas estériles e infértiles de poder tener hijos, a través de la reproducción asistida (Inseminación Artificial, Fecundación In-Vitro y Maternidad subrogada)

En el capítulo anterior mencionamos que la filiación tiene por objeto regular la procreación de los hijos, ya sea dentro o fuera de matrimonio

³⁵ Chisleanchi, Rodolfo, *Para que servirá el mapa del ser humano*, Revista Muy Interesante, Especial Biotecnología, p.41

Los hijos, hasta ahora, han sido producto de la unión física del hombre con la mujer. Sin embargo, actualmente las nuevas técnicas de procreación permiten llevar a cabo la concepción sin la unión sexual de los padres ocasionando con ello diversos problemas sociales, morales y jurídicos.

El Lic. González Porras dice al respecto: "Las nuevas técnicas de procreación exigen una respuesta legal. ya que los nuevos conocimientos en genética humana nos llevan a preguntarnos qué sentido damos a la procreación; cuáles serán en adelante los fundamentos de la filiación; cuáles las estructuras familiares, la función del ordenamiento jurídico en orden a los institutos familiares ante un posible <nuevo tipo o modelo de familia> que no tenga nada que ver con aquel modelo patriarcal y jerárquico, ni con la familia burguesa del siglo XIX y ni siquiera con la familia <nuclear> que actualmente vivimos... y también nos invita a reflexionar sobre la especialidad e intangibilidad del género humano."³⁶

En efecto ante los nuevos avances de la ciencia el derecho deberá de preocuparse por darle un marco legal a la reproducción asistida, pues hay que tener en cuenta que esto ya es una realidad y como tal, el legislador debe de estudiarla y legislarla, como respuesta a los nuevos requerimientos legales que en este aspecto genético se suscitan hoy en día.

³⁶ González Porras, José Manuel. *La familia, el derecho y la libertad*, p. 56

El autor argentino Eduardo Zannoni hace notar que "la posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera concepciones científicas tradicionales, provoca replanteos éticos y, desde luego, crea situaciones jurídicas nuevas. Piénsese solamente en algunas pocas y trascendentales implicancias: la embriología, mediante una adecuada combinación celular embrionaria, podría seleccionar incluso ciertos caracteres genéticos. Desde esta perspectiva es pensable que una pareja pueda agregar a sus propias características genéticas, otra de gérmenes donados con una diferente composición lográndose así un hijo de paternidad múltiple se trataría, en suma de "mezclar" al embrión de los padres uno genéticamente "superior" y combinar adecuadamente las células embrionarias en el estado de segmentación inicial de los blastómeros."³⁷

Pero esto no es todo, hoy en día se habla de la partenogénesis que es la posibilidad de crear niños sin padre esto es, provocar desarrollos embrionarios completos sin la intervención de los espermatozoides.³⁸

Es importante señalar que la partenogénesis (del griego *pathernos*, virgen) es un fenómeno natural que se da en los grupos de invertebrados, primordialmente, insectos, crustáceos y ciertas clases de gusanos. A

³⁷ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil, Derecho de Familia* Tomo 2, p. 465

³⁸ Por ahora los experimentos de partenogénesis se limitan a las especies de laboratorio. Champi observó uno de estos casos en los cultivos de ovarios de conejas. En uno de éstos cultivos, descubrió un huevo virgen segmentado en ocho blastómeros Pincus, en 1939, demostró que cierto número de agentes físicos, calor a 45°C, o frío, aplicados al ovocito de coneja, ya sea en tubo, o en las trompas, activa al ovulo y determina a veces, su segmentación Logró, incluso, obtener embriones partenogenéticos, demostrando que la partenogénesis experimental es posible en maníferos. (Maillet, Marc. *De los bebés de probeta a la biología del futuro*, p. 59)

través de esta forma de reproducción, muchas sociedades de animales se reproducen sin el concurso de los machos. Un ejemplo de ello son las lagartijas del Cáucaso las cuales, acosadas por el frío intenso del periodo Cuaternario se reprodujeron de esta forma, como única alternativa de mantener su población; otro ejemplo son las abejas, específicamente los zánganos, que nacen de huevos no fecundados. Las hembras obreras y la reina, sí se originan de huevos fecundados.

En estos términos no se descarta la idea de que en un futuro cercano las mujeres puedan tener descendencia sin necesidad de un hombre. Se reproducirán a través de la fusión de dos de sus ovocitos y, de ser posible, obviamente, darán nacimiento a puras niñas, pues las mujeres sólo poseen cromosomas sexuales X, a diferencia de los cromosomas de los hombres que son X, Y.

Si se llegare hacer realidad esta forma de reproducción en los humanos, considero que causaría una gran polémica y por lo consiguiente graves problemas jurídicos en el campo de la paternidad y filiación, en virtud de que el producto que naciera de esta forma de reproducción carecería de un padre, y en cambio podría tener dos madres, en el caso que la unión de los ovocitos fuera de dos hembras.

Por otra parte se habla también de la clonación que es la réplica exacta del ascendiente, con su misma información genética favorable o desfavorable. "El término clona, derivado del griego *Klôn*, que quiere decir renuevo, brote pimpollo, designa 'al conjunto de los descendientes o de

los fragmentos regenerados de un individuo único'. Sin saberlo muchas personas 'hacen clonas'. ¿Quién no ha logrado retoños de un geranio o de un rosal? ¿Quién no ha cortado tallos de una planta para replantarla? ¿Quién no ha logrado esta clonación tan fácil en botánica?

Los brotes nuevos tienen la misma constitución genética que el donador, y las plantas creadas mediante este tipo de clonación tienen los mismos caracteres.³⁹

Se puede decir que la clonación tiene como objeto lograr la reproducción de una manera asexual. En el reino animal hay varios ejemplos de ello. Así tenemos a las esponjas y a los tunicados, quienes se reproducen a través de la división celular, llamada mitosis. En este caso el descendiente tendrá el mismo número de cromosomas y el mismo patrimonio genético del organismo al que pertenece.

Recientemente, causó mucha controversia el caso de clonación de la oveja Dolly que se dio en Escocia. La Ciudad del Vaticano, después de conocer el logro obtenido por el laboratorio escocés, prohibió inmediatamente la clonación en seres humanos manifestando que "tanto la investigación científica como en los experimentos hay límites que no deben ser superados, ni desde el punto de vista ético ni de la naturaleza". La Iglesia Católica sostiene también que la 'transmisión de la vida debe ocurrir en un acto conyugal y con la responsabilidad de los integrantes de la pareja', subrayando que otras 'vías o métodos no pueden ser aceptados,

³⁹ Maillet, Marc. *Op. Cit.* p. 81

porque son contrarios ante todo a la voluntad de Dios y ofenden la dignidad de las personas y del matrimonio, el ser humano tiene el derecho de nacer de manera natural y no en un laboratorio"⁴⁰

Cabe señalar que la Ciudad del Vaticano no fue la única en prohibir la clonación en seres humanos. En efecto, el Presidente norteamericano Bill Clinton al enterarse sobre el éxito logrado en la oveja Dolly, inmediatamente anunció una prohibición para que los fondos federales no se utilizaran en las investigaciones de clonación de humanos y pidió a la Comisión Nacional Consultiva sobre Bioética recomendar algunas acciones.

"Expertos en el desarrollo de animales sospechan ahora que desde el punto de vista genético la copia humana es posible, especialmente Donald Wolf, del Centro de Investigaciones de Primates de Oregón, quien ya ha clonado monos desde las células embrionarias. (Recientemente, vacas, ovejas y conejos ya han sido clonados desde células embrionarias, sin embargo estos experimentos carecen del impacto emocional de obtenerse desde una copia de un animal adulto)"⁴¹. En efecto, como se desprende de lo antes expuesto, podemos deducir que teóricamente la clonación humana es posible y desde luego, si se llegará a realizar, provocaría serios replanteos éticos, pues a través de ella y haciendo un mal uso es posible fabricar seres humanos clónicos, cuyas capacidades intelectuales sean inferiores a las normales, a fin de que sean utilizados

⁴⁰ Periódico UNO MAS UNO. 27 febrero 1997 "Rechazo Papal a la clonización humana"

⁴¹ Scientific American. may 1997 p.10

como esclavos. Ahora bien, existen investigadores que consideran que la clonación puede también ser utilizada en beneficio del hombre, por ejemplo el científico John C. Fletcher de la Universidad de Virginia dice al respecto " que la sociedad la puede encontrar aceptable para una pareja que desea reemplazar un hijo moribundo o para una pareja con un cónyuge infertil que desea clonar un hijo del otro cónyuge"⁴²

Sea benéfica o no, una cosa es cierta. La clonación esta apenas en sus inicios y falta todavía mucho para lograrla en el ser humano. No hay que tenerla al margen, pero tampoco hay que preocuparse mucho por ella, pues tan solo para la obtención de la oveja Dolly se tuvieron que realizar 277 intentos antes de lograrla, además hay que esperar el desarrollo integral de Dolly para ver si sufre algunas reacciones, o también si no las sufre, ya que en caso de no tener reacciones, despertaría aún más interés la clonación.

Por otra parte, existen también las quimeras, que son organismos creados o constituidos con factores de dos especies distintas

Al igual que sucede con la clonación, es muy posible que las personas ya hayan visto, e incluso creado, quimeras sin saberlo; por ejemplo, los jardineros que realizan injertos crean quimeras. El injerto de un níspero en un abeto produce flores que tienen la forma y olor del níspero, pero están dispuestos en corimbos como los abetos.

⁴² *Ibidem*, p 11

Dentro del reino vegetal el mundo de las quimeras es muy vasto y amplio, pues de hecho fueron las primeras que produjo el ser humano.

Hasta ahora, las quimeras solo se han producido en vegetales y animales por ejemplo, actualmente ya existen rebaños de ovecabras, que son una mezcla de ovejas y cabras; piaras de cabracerdos, combinación de cerdos y cabras, y así como existen estos ejemplos, se pueden producir todas las mezclas que el hombre pueda imaginar, pues con la Ingeniería Genética nada quedará fuera del alcance del hombre. Incluso se podría crear al mítico Centauro, que es la mezcla del hombre con un caballo; se puede crear también al hombre-mono. Al respecto el profesor Marc Maillet dice "El hombre mono está a nuestro alcance; es más, ya existen células híbridas de hombre-mono... Estos trabajos son importantísimos, puesto que nos permiten comparar los cromosomas humanos con los de nuestro antepasado, el chimpancé. Por tanto, ¡teóricamente se pueden introducir células híbridas de hombre-mono en un blastocisto humano!⁴³

Como hemos observado todas estas formas de reproducción plantean serios problemas éticos y desde luego jurídicos. La Ingeniería Genética a pesar de los grandes beneficios que puede traer, plantea muchas interrogantes de carácter ético. ¿Quién decide sobre la manipulación de los genes?. ¿Tenemos derecho de "jugar" con los animales, hasta crear nuevas especies?. ¿Es ético transformar a un animal, únicamente para satisfacción plena del hombre?, En los países

⁴³ Maillet, Marc. *Op. Cit.* p 79

donde existen bancos de esperma. ¿No sería posible que algún gobierno favoreciera solo algún tipo de raza, en detrimento de otro?, ¿Quién puede prohibir los experimentos relativos a la manipulación genética?, ¿Quién puede impedir que se introduzcan genes humanos al huevo fecundado de un simio?. Definitivamente no queda más remedio que imponernos unos límites éticos y morales pues de lo contrario corremos un gran peligro, como especie animal pero también como seres racionales que somos

El maestro Zannoni al referirse al campo de la ética señala lo siguiente " . esos límites éticos sólo podemos formularlos en cada época a partir de lo óntico: el mundo que vivimos. dicho simplemente. Lo arduo es lograr el acceso al fundamento ontológico de lo ético que descubra de lo cotidiano, lo "positivo" , el sentido de una intuición ética estimativa que nos proporcione el valor y el disvalor de las cosas

Y después ha de venir el planteo del jurista. Es claro que su toma de posición dependerá de sus propias convicciones y su sentido de lo justo. No podrá empero negar que el derecho presupone no sólo lo científico sino también lo ético. Y esto no significa combatir el progreso científico y técnico; significa que el orden científico, más allá del fenomenismo y de su relativismo, esta subordinado a un orden superior en que las categorías axiológicas, valorativas, señalan límites"⁴⁴

Mucha razón tiene el Lic. Zannoni sin embargo considero que los científicos tendrían argumentos suficientes para contradecir lo expuesto

⁴⁴ Zannoni, Eduardo A. *Op. Cit.*, p. 466

por él. A mayor abundamiento, es pertinente señalar lo expuesto por el profesor Mailet: "Toda investigación científica, ya sea biológica, química o física se utiliza, 'para lo mejor o para lo peor'..."

El lector seguramente se planteará la pregunta: ¿Deben controlarse y planificarse los avances de la biología?... Y tal vez se sienta inclinado a responder que sí, para evitar los abusos que con justa razón se anticipa. Pero en tal caso, los biólogos replicarían "La investigación científica no avanza sino en la libertad; empezó a progresar en el momento en que escapó del control de las iglesias, y cuando los médicos pasaron por alto los juicios o prejuicios de la sociedad."⁴⁵ Si reflexionamos un poco, es muy cierto lo dicho por los científicos, y un ejemplo de ello es Galileo, quien en el año de 1616 recibió una advertencia por parte de la iglesia, pues estaba enseñando la teoría de Copernico, misma que la iglesia consideraba como hereje, ya que iba en contra de las enseñanzas bíblicas. No obstante, y a pesar del arresto al que fue sometido, siguió enseñando esta teoría. Por lo anterior Galileo fue excomulgado y fue apenas el Papa Juan Pablo II quien lo perdonó y al fin la iglesia aceptó sus enseñanzas.

1.1 CONCEPTOS GENERALES

Para entender mejor el inciso anterior, quizá sea necesario dar una serie de conceptos de los términos biológicos más utilizados anteriormente. Empecemos con el siguiente

⁴⁵ Mailet, Marc *Op Cit*, p. 5

Ingeniería Genética: Dando una definición simple se puede decir que es el método de cambiar las características de la herencia de unos organismos, alterando su material genético. Nuestros antepasados, aunque de forma empírica y sin saberlo, ya manipulaban los genes mediante injertos entre plantas o cruces de animales, sin embargo jamás se imaginaron que con estos injertos y cruces se ponían en marcha la herencia genética.

Genética Es el estudio científico de cómo las características físicas, bioquímicas y del comportamiento son transmitidos de padres a hijos.

Genes: Es la unidad funcional de la herencia; la pieza del material genético que determina la herencia de una característica particular, o grupo de características. Los genes se encuentran en los cromosomas, los cuales están contenidos en el núcleo de la célula. Cada gene es parte de la molécula del DNA. (Ácido desoxirribonucleico).

Cromosomas: Los cromosomas son principalmente agregados de ácido desoxirribonucleico (DNA.) y proteína. Fueron vistos por primera vez en forma de bastones teñidos en oscuro y formados de ácidos nucleicos y proteínas durante el proceso de división celular.

Casi todas las células de cualquier organismo, con excepción de las reproductoras, contienen un número característico de cromosomas. Las

células del cuerpo humano, excepto las sexuales, poseen 46 cromosomas. “Esto nos induce a pensar que los cromosomas actúan por pares (23 pares en células humanas), y que cada miembro de un par se acomoda con su compañero correspondiente u homólogo, aunque no sea idéntico necesariamente”⁴⁶

Genotipo: Es la combinación real de material genético

Fenotipo: Es la apariencia del organismo.

1.2 ANTECEDENTES

Los antecedentes de la reproducción asistida se encuentran desde la antigüedad. En Babilonia, por ejemplo, se legisló como remedio para asegurar la descendencia del hombre el tomar una concubina a la que tenía que darle habitación dentro del hogar conyugal⁴⁷ y a través de ella procrear. La Biblia incluso menciona el caso particular de Abraham. “Sarai no podía darle hijos a Abraham, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar. Entonces le dijo a Abraham:

- Mira, el Señor no me ha permitido tener hijos, pero te ruego que te unas a mi esclava Agar, pues tal vez tendré hijos por medio de ella.

Abraham aceptó lo que Sarai le dijo, y entonces ella tomó a Agar la egipcia y se la dio como mujer a Abraham, cuando ya hacía diez años que

⁴⁶ Nason, Alvin *Biología*, p. 70

⁴⁷ *Vid infra* p. 2

estaban viviendo en Canaán. Abraham se unió a Agar, la cual quedó embarazada. .⁴⁸

Experimentalmente, los esfuerzos para lograr la Inseminación Artificial datan de hace muchos años sin precisar la fecha exacta. No obstante puede decirse que ya era conocida desde el siglo XIV, cuando se empiezan a realizar los primeros experimentos.

“Parece que fueron Malpighi y Bibiena en 1600, los primeros que intentaron, sin éxito, la fecundación artificial de los huevos de gusano de seda. En 1725 Jacopi y luego Weltheim parece que obtuvieron la fecundación de los huevos de salmón y de la trucha. También el sueco Cleck, en 1757, estudió atentamente la araña macho que deposita su semen en una tela, luego lo recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra que podrá darle descendencia. En 1779 Lázaro Spallanzani planteó el problema en términos científicos, obteniendo en 1872 la fecundación de una perra.”⁴⁹ La inseminación artificial en los humanos se empezó a practicar de una manera clandestina a finales de la II Guerra Mundial, toda vez que esta estaba prohibida por razones religiosas. De hecho, actualmente no es vista con muy buenos ojos.

Por lo que respecta a la Fecundación In Vitro (FIV), esta técnica fue utilizada durante décadas en investigaciones de embriones animales sin embargo, solo desde 1978 se ha aplicado con éxito en la reproducción

⁴⁸ Genesis 16 1-4

⁴⁹ Chávez Ascencio Manuel F. *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales.* p 35

humana. Es en este año cuando en Inglaterra nace la primer "bebe de probeta", la hija de la Sra. Brown.

Ese mismo año, pero en la ciudad de Calcuta en la India, un matrimonio recibe a su primogénito a través de un método parecido.

Para finalizar, al año siguiente en Glasgow, Escocia, nace el primer varón concebido *in vitro* de nombre Elaister Montgomery

Por lo que se refiere a la maternidad subrogada, ésta prácticamente es un tema novedoso y ha llegado a ser uno de los problemas más difíciles en el Derecho de Familia moderno. El termino de maternidad subrogada se utilizó por vez primera y relacionado con la FIV, a finales de la década de los 70 s

2. TÉCNICAS DE CONCEPCIÓN Y PROCREACIÓN HUMANAS.

"Respecto a otros mamíferos, cuyos acoplamientos casi siempre son fecundos, el ser humano es un mal reproductor. Una pareja que, en principio, no presente ningún motivo médico de infecundidad tiene como mucho una probabilidad del quince al treinta por ciento de procrear un hijo en cada ciclo menstrual. Por otro lado, en Occidente, de cada cien parejas que desean tener un hijo, entre diez y quince no lo logran en el tiempo que lo hacen las normales -entre seis meses y un año-. Y aproximadamente el cinco por ciento, por mucho que lo intentan, jamás lo consiguen. Las primeras son infértiles; las segundas, estériles".⁵⁰

⁵⁰ Coperías. Enrique *Reproducción Asistida Otras formas de hacer bebes. Muy Interesante. Especial Biotecnología*, p 44

Las causas por las cuales se pueden dar los casos de esterilidad e infertilidad son muchas. Entre ellas podemos mencionar las siguientes: La edad de las parejas en el momento de querer tener descendencia es cada vez mayor, la adicción al tabaco, al alcohol y a las drogas, el uso de anticonceptivos, el estrés, la contaminación ambiental, e incluso en los hombres el hecho de usar pantalones muy ajustados que opriman y afecten la temperatura de los testículos son factores que influyen en la fertilidad.

Con el propósito de corregir estas anomalías es como van surgiendo las primeras técnicas de inseminación artificial, que como ya se mencionó anteriormente se conocen desde la antigüedad, pero es hasta nuestros días cuando estas técnicas ya se practican casi de manera rutinaria. De hecho, afortunadamente ya existen países que han legislado en esta materia tal es el caso de Suecia y España.

Los problemas de infertilidad y esterilidad son cada vez más frecuentes entre las parejas, es por ello que los científicos están buscando nuevas alternativas para estas parejas infértiles y estériles. En efecto, actualmente muchas de estas parejas que parecían estar condenadas a no tener descendencia, hoy en día con las técnicas de reproducción asistida (Inseminación Artificial, FIV y lo más novedoso, la microinyección de espermatozoides) ya es posible que tengan hijos. Incluso en los países industrializados entre ellos Japón, Estados Unidos, Australia, etc, existen clínicas especializadas que tratan estos problemas y su popularidad va en

aumento. Los llamados “bancos de semen” dicen contar con miles de especímenes en sus más variados genotipos.

2.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Para Raúl Palmer, la inseminación artificial se define como “la introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual”⁵¹

Para Raymond Rambaud la inseminación artificial consiste “en la introducción de esperma en el interior de los órganos genitales femeninos mediante un procedimiento distinto al contacto sexual normal”⁵²

Desde el punto de vista etimológico, inseminación queda integrado de la siguiente manera:

In = dentro

Seminalis = perteneciente o relativo al semen.

Del concepto vertido In-seminalis, genéricamente inseminar consiste en la infusión de esperma del macho en la hembra. Inseminación quiere decir transmisión del semen.

La inseminación artificial, mientras se practicó como procedimiento para el mejoramiento de especies animales, no generó ningún problema de importancia en la esfera jurídica, pero últimamente la multiplicación y perfeccionamiento de las técnicas utilizadas ha provocado una alarmante

⁵¹ Palmer, Raúl, *Aspectos médicos de la Inseminación Artificial*, cit. pos. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogénetica, filiación y delito* p. 19

⁵² Rambaud, Raymond, *El drama humano de la inseminación artificial*, p. 190

situación que ha permitido que algunos países estén procediendo a hacer estudios de tipo médico-biológico-jurídico, sobre este ya no tan novedoso tema.

La inseminación artificial, como se dijo anteriormente, es una alternativa para aquellas parejas que desean concebir, pero que por alguna razón no pueden lograrlo. En los casos en que el hombre es normalmente fértil, pero no transmite suficiente semen para producir el embarazo, puede donarlo para que sea artificialmente introducido, ya sea en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina). Si la cantidad de espermatozoides es baja, el semen es concentrado antes de que sea insertado en el cuerpo de la mujer. El éxito de éste tipo de inseminación es realmente bajo, alrededor del 10 al 17 % es por ello que las parejas tienen que padecer el procedimiento varias veces hasta que logran tener éxito, sin embargo algunas nunca lo logran. Esta clase de inseminación es llamada Inseminación Artificial Homóloga, pues es el marido de la mujer quien dona el espermatozoide.

Cuando la cantidad de espermatozoides del hombre es realmente poca o si el semen carece completamente de espermatozoides, la pareja puede utilizar la Inseminación Artificial usando el espermatozoide de un tercero. Este procedimiento es conocido como Inseminación Artificial por Donador o Heteróloga. Este tipo de inseminación tiene ligeramente un porcentaje más alto de éxito que la inseminación con espermatozoide del cónyuge u homóloga,

sin embargo el procedimiento puede causar complicaciones psicológicas para la pareja, específicamente para el hombre, pues puede llegar a sentirse menos ligado al niño que no es su hijo biológico.

2.1.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA

Como se explicó anteriormente la inseminación artificial homóloga es la que se lleva a cabo con espermatozoides del marido sin embargo, es necesario señalar que la inseminación que procede del concubino también es homóloga. Se practica en los casos en que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a la impotencia del hombre o al vaginismo de la mujer, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, por neutralizar los espermatozoides aconsejan la inseminación intracervical, alteraciones del cuello del útero que exigen la inseminación intrauterina, etcétera".⁵³

Desde mi punto de vista considero que esta técnica de inseminación no presenta realmente ningún tipo de problema, ya sea moral o jurídico, toda vez que al existir el vínculo biológico filial, por ende existe el vínculo jurídico filial. De hecho, si analizamos bien la forma de llevar a cabo esta inseminación nos percatamos que no tiene nada fuera de lo normal. Quizás lo único "anormal", por así decirlo, es la introducción del semen que no se realizó por la forma natural. En términos generales este tipo de

⁵³ Zannoni, Eduardo A. *Op. Cit.* p. 469

inseminación reviste características de cierta sencillez, ya que no requiere anestesia

El unico planteamiento que quedaría sería la inseminación con semen del marido después de su fallecimiento, sin embargo este supuesto se estudiará en el capítulo posterior.

2.1.2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA

La inseminación artificial heteróloga o por donante es aquella en la que se utiliza el espermatozoide de una persona distinta al marido; es decir, de un tercero o de un donador anónimo. Se lleva a cabo cuando la cantidad de espermatozoides del marido es poca o si el semen carece completamente de espermatozoides, casos en los que la pareja puede utilizar el espermatozoide del donador anónimo. Como ya se dijo, este procedimiento tiene un porcentaje de éxito mas elevado que la inseminación artificial homóloga, sin embargo el procedimiento puede causar complicaciones psicológicas para el varón, pues puede sentirse menos ligado al niño. La Catholic Theological Society of América no obstante lo anterior menciona: "... muchas parejas han sido capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la Inseminación Artificial Heteróloga, con el resultado de que sus vidas personales y conyugales se han visto enormemente enriquecidas. Ello

debe servir de advertencia para no cerrar en absoluto la vía hacia esta solución⁵⁴

La técnica para llevar a cabo la inseminación artificial heteróloga, consiste en la selección de semen de donantes anónimos los que, si es posible, se equiparan con la pareja receptora en lo que respecta al fenotipo es decir, las características físicas de las personas. altura, color de ojos, de cabello, etc. Se utiliza un procedimiento similar a la inseminación artificial homóloga; o sea requiere de una simple inyección de espermatozoides, practicada en estrictas condiciones de higiene y bajo el cuidado del médico. Previamente se requiere de un minucioso estudio de la pareja y una vez que se tiene certeza de la fertilidad de la mujer y se ha diagnosticado el estado del hombre, puede entonces recurrirse a la práctica de la inseminación con resultados más favorables.

2.2 FECUNDACIÓN IN VITRO

En la Fecundación in-vitro (FIV), la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio, ya que el semen es incapaz de hacerlo, de ahí que a esta forma de fecundación se le llame también extracorpórea, pues se realiza fuera del cuerpo.

La FIV se practica en los casos de obstrucción de las trompas que impide el encuentro del óvulo y espermatozoides mediante el coito. Ante

⁵⁴ La sexualidad humana, *Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico*. Estudio realizado por la Catholic Theological society of America, cit. pos. Chávez Ascencio Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*. p. 31

esta situación se procede a la extracción de los óvulos para su posterior fecundación, ya con semen del marido, ya con semen de algún donante o tercero.

“Esencial en la fecundación in vitro es hacerse con al menos un óvulo de la mujer que pretende quedar embarazada, o en el caso de que esta no los produzca, de la donante. Para ello el especialista somete a su paciente a una hiperestimulación de los ovarios con sustancias inductoras de la ovulación, como el Clomifen y la gonadotropina coriónica o HCG. Con estos fármacos se consigue que la mujer produzca más de media docena de gametos femeninos en cada ciclo, los cuales se recogen mediante una delicada operación de laparoscopia, o bien a través de una punción en los ovarios que se monitoriza con una sonda ecográfica especial. Los óvulos recién extraídos son lavados y depositados en la cápsula Petri donde recibirán a los espermatozoides.

Estos se consiguen por simple masturbación del consorte o son tomados del banco de semen. Para comprobar su movilidad y seleccionar a los más vigorosos, son obligados a correr por unas columnas de una sustancia densa el hipercol. Después, en el momento ideal, el líquido seminal se vierte en el pocillo donde esperan las células femeninas.

Incluso poniéndoselo en bandeja puede suceder que los espermatozoides sean incapaces de llevar a buen fin su cometido debido a lo que podríamos llamar una pereza o apatía natural. Para levantarles el ánimo, los andrólogos recurren a fármacos como la pentoxilina -sustancia

que activa los mecanismos locomotores, en concreto el flagelo-, la cafeína y la kalikreína. Una vía en estudio que se investiga en algunos laboratorios consiste en inducir la reacción acrosómica básica para la penetración del huevo aumentando la concentración de calcio en el interior de los gametos

En los casos severos en los que los espermatozoides apenas tienen fuerza para desplazarse incluso después de haber sido estimulado, los especialistas proponen manipular el óvulo. Para ello desnudan literalmente a la célula femenina despojándola del *cúmulo oophorus* -una cubierta del óvulo constituida por un amasijo de células unidas entre sí por una especie de cemento que ellas mismas fabrican- mediante la enzima hialuronidasa, y diseccionando su zona *pelúcida* -lo que podría ser su ropa interior-. A través de un pequeño ojal el débil espermatozoide penetra sin esfuerzo en el óvulo. Por medio de esta técnica, conocida con las siglas DZP -disección de la zona pelúcida- algunas clínicas han conseguido resultados esperanzadores, aunque el número de poliserminias o fecundaciones múltiples de un mismo óvulo es aún muy frecuente. En este sentido, el desarrollo de micromanipuladores ultrasensibles permite a los especialistas extraer los pronúcleos que se han colado de más.⁵⁵

Como se desprende de los párrafos anteriores la FIV tiene varias alternativas, según el caso concreto, pero todas ellas se realizan en el laboratorio. Es importante hacer esta mención, en virtud de que la FIV no

⁵⁵ Coperías, Enrique, *Op. Cu pp 46 y 47*

se limita exclusivamente a la extracción del óvulo y su posterior fecundación fuera del cuerpo humano; la FIV incluye también el proceso de transferir el embrión dentro del cuerpo. En efecto, muchas veces es necesario hacer estudios más detallados que requieren una manipulación total tanto del óvulo como del espermatozoide, pues como ya dijimos, en algunas ocasiones éstos prácticamente carecen de movilidad, entonces es necesario "ayudarlos" para poder alcanzar el óvulo y posteriormente fecundarlo.

De hecho la FIV es una técnica que requiere hospitalización. Algunas autoridades todavía la consideran experimental y recomiendan su uso solo cuando todos los otros tratamientos han sido desechados.

La técnica de FIV ha sido posible, científicamente, a través de la manipulación de los gametos -espermatozoides y óvulos-. Dicha manipulación es factible por las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante años tanto del semen como del óvulo para su posterior utilización en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio y se utiliza nitrógeno líquido. De esta manera surgieron los "bancos de esperma" y los "bancos de óvulos".

2.2.1 TRANSFERENCIA DE GAMETOS INTRAFALOPIOS.

La Transferencia de Gametos Intrafalopios es una variación de la Fecundación In Vitro y es usada en las parejas cuya infertilidad es inexplicable. En este procedimiento los óvulos son tomados de los ovarios

y se depositan, junto con el espermatozoides del cónyuge, en uno de los tubos de falopio, esperando consecuentemente, que la fertilización ocurra naturalmente. Todo el procedimiento dura aproximadamente una hora y tiene la ventaja de que es más barato que la FIV y el porcentaje de éxito es casi comparable al mismo, sin embargo, el procedimiento solo puede ser utilizado por aquellas mujeres que tienen por lo menos un tubo de falopio sano. Al igual que con la fecundación in vitro se puede llevar a cabo con espermatozoides donados, óvulos donados o ambos.⁵⁶

Respecto a este último punto, considero que esta situación es un poco rara, pues si se utilizan los dos gametos donados quizá se pueda dar una situación equiparable a la adopción, ya que el producto aunque venga del vientre de la madre, la verdad es que de ninguna manera tendría lazo alguno con sus "padres", puesto que genéticamente no corresponden.

2.2.2 INSEMINACIÓN INTRAUTERINA

La inseminación intrauterina es una alternativa a la FIV y la Transferencia de Gametos Intrafalopios. En este procedimiento la ovulación es estimulada con hormonas y el espermatozoides es artificialmente introducido directamente dentro del óvulo.

La inseminación intrauterina puede ser usada cuando la infertilidad es causada por endometriosis o problemas con la producción de espermatozoides, movilidad o calidad y por aquellos casos en los cuales se desconoce la

⁵⁶ Compton's Interactive Encyclopedia, 1994

causa. El porcentaje de éxito varía. No obstante que la inseminación intrauterina es más simple, más segura y mucho menos costosa que la FIV y la Transferencia de Gametos Intrafalopios, envuelve, al igual que estas técnicas mencionadas, un alto riesgo de embarazos múltiples debido al uso de drogas de fertilidad.

2.3 ALQUILER DE UTERO O MATERNIDAD SUBROGADA

Las alternativas que ofrece la reproducción asistida alentan la posibilidad de que algunas mujeres que no pueden llegar a concebir por los medios naturales puedan hacerlo a través de las técnicas de inseminación artificial y fecundación in-vitro, pero en ciertas ocasiones la posibilidad de procrear nunca llega a lograrse, sobre todo si tenemos presentes que algunas mujeres no pueden llegar al término del embarazo por estar enfermas de algún mal que se agravaría con la gestación, debido a la imposibilidad de gestar o por haber sufrido la histerectomía (ablación del útero). Esta última situación obliga a pensar en utilizar alguna figura capaz de solucionar en forma exitosa tal problema, es aquí cuando la figura de la adopción retoma un papel de primera importancia, pues se convierte en el medio legal para allegar hijos al matrimonio. Así una vez reunidos los requisitos que marca la ley, la pareja podrá adoptar al hijo que por naturaleza no pudieron procrear. Sin embargo, cuando por alguna razón no se desea adoptar al niño, existe otra posibilidad que es de fecha

reciente y por cierto ha causado muchas controversias. Nos referimos desde luego, al alquiler de útero o maternidad subrogada.

Como nos referimos anteriormente, esta consiste en el hecho de que la esposa es inapta orgánicamente para gestar al hijo y entonces, su óvulo fecundado con semen de su marido se deposita, en el útero de la mujer -madre sustituta-, que es la que lo gestará y alumbrará. En este orden de ideas la madre subrogada no tiene ningún vínculo genético con el bebe, pero puede ser considerada legalmente como su madre pues los hijos nacidos fuera de matrimonio establecen su filiación, en relación a la madre por el solo hecho del nacimiento. Para evitar esta situación se realiza un contrato, el cual se detallará más adelante

Cuando la madre subrogada es una mujer que accede ser inseminada artificialmente por esperma de un hombre con el fin de alumbrar un niño de alguien más, en este caso ella es considerada la madre biológica y genética del niño; sin embargo, deberá de renunciar en favor de la persona que donó el semen y su esposa.⁵⁷

Cuando en las parejas se da este caso, deben generalmente estar asistidas por un abogado. Para la protección legal de la pareja y de su producto, con la implementación de un pre-contrato en el que se observaran los deberes y responsabilidades de las partes involucradas en la inseminación artificial. En algunas ocasiones se da el caso de que el

⁵⁷ Legal Problem Solver, Reader's Digest, p 502

mismo profesionalista ayuda a localizar a la mujer que hará la gestación subrogada del bebe.

El contrato de subrogación se estima necesario para asegurar que el infante será entregado al matrimonio inmediatamente después del nacimiento. Este contrato es también de gran valor para la mujer subrogada, pues en él se garantizará legalmente sus honorarios, así como la cobertura de los gastos médicos de acuerdo al convenio que suscribieron ambas partes.

La madre subrogada pacta generalmente una lista de obligaciones mutuas. Elaine Landau en su libro *Surrogate mothers* detalla dicho contrato explicando el procedimiento. "Un típico contrato convoca a una mujer que actúa como madre, para ser inseminada artificialmente con espermatozoides del marido. Si aquella llega a quedar embarazada y el bebe se desarrolla en óptimas condiciones, lo entregará al matrimonio que contrato sus servicios como madre subrogada. El multicitado contrato asentará las obligaciones de la pareja para pagar todos los gastos médicos que se originarán de la inseminación así como otros relacionados a la inseminación de la "madre" como del bebe que llevará en su vientre. La mayoría de los contratos especifican que si el bebe naciera con defectos, los probables padres estarán obligados a aceptar a ese nuevo ser y cubrir los gastos relacionados con la inseminación artificial.

En suma, el contrato estipulará que la pareja o matrimonio costee los honorarios de la subrogada en una cuenta bancaria abierta para tal fin,

misma que será administrada por un abogado quién dispondrá el pago correspondiente una vez que se hayan cumplido los términos suscritos en el contrato. En el pasado, los honorarios estandarizados a la madre subrogada eran aproximadamente \$10,000.00 USD, aunque recientemente más altos honorarios han sido percibidos.

Si la madre subrogada llegara a tener un aborto tendrá la garantía plena de recibir por lo menos un pago parcial en consideración del tiempo que estuvo gestando al bebe en su vientre. En reciprocidad las obligaciones de la subrogada generalmente la obligan a consultar al médico obstetra para prescribirle la prohibición de drogas ilegales, la ingestión de medicina no prescrita por él, así como también evitar el consumo de alcohol y cigarrillos.⁵⁸

Por otra parte existen abogados que consideran necesario la existencia de un contrato entre ellos y sus clientes es decir, el matrimonio o pareja. Ello con el fin de protegerse y señalar que el abogado no es responsable para garantizar el embarazo o que la subrogada no cumpliera con lo estipulado en el contrato

3. CONSIDERACIONES LEGALES Y DERECHO COMPARADO

El advenimiento de las nuevas técnicas de procreación humanas, han hecho evidente a través de los años acordar a la brevedad posible soluciones dentro del campo del derecho; es decir, se ha despertado la

⁵⁸ Landau, Elaine *Surrogate mothers*, p. 32

necesidad de realizar una nueva apreciación de los ordenamientos jurídicos a nivel mundial. Sin lugar a dudas, la actividad legislativa de muchos países ya no responde al avance propio de la era moderna y solo actúa en torno a principios y supuestos propios de otras épocas. A pesar de lo anterior, las condiciones socio-económicas de algunos países, entre ellos Australia, Suecia, España, etc, dan pauta a que en ellos ya se hayan empezado a tomar cartas en el asunto, buscando posibles respuestas y soluciones a la nueva realidad social que ha desencadenado la ciencia biológica -especialmente la biotecnología y la ingeniería genética- Esta situación tiene gran importancia al momento de adecuar los sistemas jurídicos de países como el nuestro, en donde el derecho comparado es de gran utilidad

3.1 LEGISLACIÓN MEXICANA

El problema de la reproducción asistida -inseminación artificial, FIV y maternidad subrogada- presenta serios problemas en el panorama jurídico internacional, tal situación es aún más complicada en el caso particular de México que tiene un derecho escrito y estricto, es decir, de un derecho que difícilmente puede aceptar los cambios que presenta la realidad social y adaptar el texto de sus leyes a ellos. Así, tenemos que en el campo del derecho penal, no se puede resolver un problema de conductas sin una ley exactamente aplicable al caso concreto y expedida con anterioridad al hecho que se va a regular, o sea, que para encuadrar

una conducta delictiva debe de existir el tipo legal adecuado y no alguno que pueda asemejarse o equipararse, ya que ante la duda siempre se debe de absolver. En el campo del derecho civil la situación es diferente, pues existe la posibilidad de recurrir a la analogía aplicando una misma figura jurídica que puede dar la solución a casos similares. Sin embargo, nuestro Código Civil carece de artículos que regulen lo relativo a las técnicas de fecundación o reproducción asistida. Dicha situación es apreciada por el maestro Gutiérrez y González que señala: "En México, este procedimiento de la inseminación artificial crea serios problemas tanto en el campo del derecho civil como del derecho penal, y más aún en este, pues ni a la analogía se puede recurrir, como sí lo permite el derecho civil, lo cual ayuda en ocasiones a resolver problemas que ya se han presentado. En el derecho penal, con el rigor de la máxima "*Nullum poena sine lege*", resulta imposible aplicar sanción alguna para las personas que como sujeto activo o pasivo intervienen en conductas que a la luz de la moral media actual pueden reputarse sin duda como ilícitas"⁵⁹

En efecto, nuestros legisladores no se han planteado la necesidad de adecuar los ordenamientos jurídicos a las condiciones del mundo moderno en materia de reproducción asistida, parece ser que se han olvidado de analizar esta materia que puede producir algunos problemas que de llegar a agudizarse crearían un enorme desconcierto en la estructura social, rompiendo con el orden jurídico establecido. Es evidente

⁵⁹ Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio pecuario v moral o derecho de la personalidad y derecho sucesorio*. p 703

que la reproducción asistida no es tan recurrida en nuestro país, sin embargo, ello no es causa de que no puedan ser objeto de estudio, pues desde el momento de que existen, es lógico que se den casos y hay que estar preparados para resolver cualquier controversia que al respecto se pueda suscitar y así estar en posibilidad de dar soluciones eficaces al caso concreto que se presente.

Nuestra Constitución Política parece consentir la utilización de la tecnología moderna para la reproducción humana, pues en su parte dogmática, que consagra las garantías individuales de los individuos, se concede la libertad procreacional para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, y no se aprecia ninguna limitación en cuanto al método que se desea utilizar; no obstante se señala la intervención del Estado para influir en determinados aspectos, presumiblemente puede hablarse de un interés público predominante.

El planteamiento anterior obliga a pensar que no existe una referencia legal que sea exactamente aplicable a las hipótesis que se derivan de las técnicas de fecundación y reproducción asistidas. En virtud de esto, es necesario desarrollar un estudio profundo de las garantías que consagra nuestra Constitución, para con ello darles una debida interpretación y hacer posible la creación de leyes auxiliares o reglamentarias, o en su caso, adecuar las ya existentes.

Caso especial es el recientemente aparecido anteproyecto del Código Civil para el estado de Guerrero, en donde en uno de sus capítulos

se contemplaban normas específicas para la reproducción asistida, mismo que establecía también el derecho de toda persona de conocer sus orígenes tanto en los casos de fecundación asistida como de adopción.

En este anteproyecto se estableció que la reproducción asistida sólo se permitirá mediante consentimiento expreso de la mujer, informándole previamente de las técnicas utilizadas así como sus riesgos.

Se señala que la técnica empleada se llama fecundación homóloga, cuando se realiza con gametos de los cónyuges o concubinos y heteróloga cuando se recurre a gametos donados; es decir, de personas distintas a los cónyuges o concubinos. En ambos casos puede ser corpórea o extracorpórea.

En los casos en que la mujer se encuentre casada o unida en concubinato, no podrá practicarse la inseminación o fecundación heteróloga sin el consentimiento informado de ella y de su cónyuge o concubino. Tal consentimiento deberá ser otorgado por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges o concubinos y deberá ser depositado en la clínica, laboratorio o archivo médico del profesional que realizare la fecundación, precisando además, que si la mujer no lograra concebir el consentimiento valdrá para sucesivas fecundaciones, salvo que el cónyuge o concubino lo revoque con las mismas formalidades que para su otorgamiento.

La identidad de la persona donadora de gametos quedará debidamente registrada en la clínica, laboratorio o archivo del médico que

realizó la intervención y deberá de ser revelada al hijo cuando fuere necesario, pero entre la persona donadora y el hijo que naciere de éstas practicas no existirá ningún lazo filial; por tanto, no existirá ningún derecho u obligación entre ellos, excepto la de informar sobre los antecedentes clínicos. Por lo que respecta al esposo o concubino que autorizó la practica de reproducción asistida, éste no podrá desconocer la paternidad del hijo nacido por esa vía.

“A fin de evitar los conflictos entre los distintos tipos de maternidad y paternidad que se propician con las manipulaciones genéticas encaminadas a la reproducción, se definía que, para los efectos de la filiación, se considerará como la madre del hijo a la mujer a quien se le hubiere implantado el embrión y que hubiere completado la etapa de gestación y dado a luz. Se considerará coma padre al esposo o concubino de ésta.

Finalmente se establecían límites a manipulaciones que pueden implicar un atentado contra la dignidad de las personas. En este sentido se señalaba que, en todo caso, se considerará ilícita la fecundación asistida de una mujer con el fin de adjudicar la maternidad del hijo o hija que naciere a una mujer distinta, independientemente del nombre que se le dé a la técnica empleada. Al profesional que realizare la intervención se le suspenderá definitivamente de la práctica de su profesión y se le aplicará una multa equivalente a 730 días de salario mínimo general vigente en el estado, independientemente de las sanciones penales a las que se hiciera

acreedor según la legislación penal del estado y la Ley General de Salud”⁶⁰

Como se desprende de éstos párrafos el anteproyecto del Código Civil para el Estado de Guerrero, prohíbe terminantemente la maternidad subrogada, y menciona que para el caso de que se llegue a dar se tendrá como madre del niño nacido a la mujer que hubiere completado la etapa de gestación y alumbramiento; además de que impone sanciones de carácter penal para el médico que realice tal intervención.

Hasta el momento la Ley General de Salud es el único ordenamiento que contiene disposiciones al respecto. De esta manera el título decimo cuarto relativo al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, comprende lo relativo al control del semen en el artículo 314 que dice:

Para los efectos de este título se entiende por:

I Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;

II Cadáver: El cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;

⁶⁰ Pérez Duarte Alicia. *Op Cit* p. 190

III. Células Germinales: Las células reproductoras masculinas o femeninas capaces de dar origen a un embrión.

IV. Preembrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana.

V. Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décimo segunda semana gestacional;

VI. Feto El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

VII. Tejido. Entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función;

VIII. Organos. Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño del mismo trabajo fisiológico

IX. Productos: Todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de éste Título, la placenta y los anexos de la piel, y;

VI. Destino final. La conservación permanente, inhumación o desintegración, en condiciones humanas permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos.

El Reglamento de la Ley General de Salud, por su parte, en su capítulo IV, trata, entre otras cosas, de la utilización de los embriones, óvulos y fetos así como de la **fecundación asistida**.

La fecundación asistida la define el artículo 40, fracción XI como aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga e incluye la fecundación in vitro). El artículo 466 de la ley en comento dispone que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. El artículo 56 previene que la investigación sobre fertilización asistida será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se pueden resolver de otra manera.

La Ley General de Salud no hace alusión a la maternidad sustituta.

3.2 LEGISLACIÓN SAJONA

Los Estados Unidos de Norteamérica se han destacado por ser uno de países pioneros en materia de avances científicos. Por esta razón, la inseminación artificial es una práctica muy recurrida entre sus habitantes, a tal grado que muchas personas se dedican a la venta de su semen. En cuanto a la labor legislativa esta ha sido cauta, esperando tal vez que los hechos por sí mismos orienten el ritmo a tomar en materia tan delicada como es la procreación de seres humanos.

La legitimación del niño concebido mediante inseminación artificial por donador y la validez de los contratos de subrogación son los temas

que más han preocupado a los legisladores, y en la mayoría de los Estados de la Unión se han aprobado leyes o considerado proyectos tendientes a la solución de éstos problemas.

Por lo que respecta a la maternidad subrogada o de alquiler, ésta enfrenta serios problemas para su aceptación, pues algunos estados la aceptan y otras no. Por ejemplo:

“Arkansas: La ley del estado de Arkansas dice que los contratos sobre maternidad subrogada son válidos.

Louisiana: La ley de Louisiana declara que los contratos subrogados no entran en vigor si la madre subrogada es pagada; en Michigan tal pago es ilegal.

En cualquier Estado, ofrecerse a comprar o vender un niño es ilegal. Si el contrato subrogado está pobremente escrito, la corte puede cambiarlo decidiendo que ningún honorario pagado a la subrogada fue en realidad un honorario para adquirir un niño. Por esta razón, es esencial la representación por un abogado experimentado con contratos subrogados.”⁶¹

No obstante que a pesar de que las técnicas de reproducción asistida son prácticas bastante recurridas en los Estados Unidos de Norteamérica, se han suscitado serios problemas relacionados con éstos procedimientos, veamos un ejemplo relacionado con la técnica de fecundación *in-vitro*:

⁶¹ Reader's Digest, *Legal Problem Solver* p.503

“Con el fin de poder concebir un niño, una pareja de Tennessee padeció varias veces el procedimiento de FIV, sin éxito. Cómo es común en las clínicas donde se practica esta fertilización, los embriones fueron guardados y congelados, a fin de que estuvieran disponibles para intentos futuros

La relación matrimonial se estaba deteriorando y cuando se divorciaron cada uno de los cónyuges demandó la custodia de los embriones. La esposa deseaba todavía tener hijos con los embriones que habían sido previamente congelados; sin embargo, el esposo objetó esta situación argumentando que no deseaba ser padre contra su voluntad y, por lo tanto, ser obligado a mantener al niño hasta su edad adulta.

El juez resolvió a favor de la madre, argumentando que era en beneficio de los embriones, para permitirles la oportunidad de desarrollarse. Sin embargo, en la apelación, la resolución fue revocada y la corte ordenó que los embriones fueran regresados al padre, quien los destruiría posteriormente. (Generalmente la ley no considera que los embriones tengan derechos)⁶².

Algunos abogados sugieren a las parejas expresar sus deseos por escrito, en la que se aclare la situación de los embriones en los casos de divorcio o muerte. Lamentablemente, no hay ninguna garantía para que la

⁶² Nuestro Código Civil, en cambio señala en su artículo 22 que: "...desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos de este código."

Corte acepte la decisión de la pareja, por lo tanto el situación jurídica de los embriones permanece sin aclarar".⁶³

3.3 LEGISLACIÓN ARGENTINA

Argentina, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, entre ellos México, no cuenta con una legislación específica sobre reproducción asistida Bernaldo de Quiroz al referirse a las reformas argentinas suscitadas en materia de filiación opina al respecto que "conscientemente no se quiso abordar en ella directamente las graves y difíciles cuestiones que planteaban las nuevas técnicas entonces ya conocidas. Todavía hoy predomina, en la generalidad de los países, una actitud de prudente espera, para no precipitar, en materia tan grave y que afecta tan profundamente al régimen jurídico de la persona y de la familia, soluciones legislativas poco maduras, sin perjuicio de someter el uso de la nuevas técnicas a un *minimum* de normas de policía sanitaria y de respeto de ciertos principios éticos".⁶⁴

Por lo que toca a la filiación la ley 23.264 de 1985 aclara que la "filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción" (art. 240); su sistema probatorio dispone que "en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o petición de parte" (art. 253)

⁶³ Reader's Digest, *Legal Problem Solver*, p. 306

⁶⁴ Bernaldo de Quiroz, Manuel Peña, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, 1989, 645 pp.

El art 242 de la ley argentina en comento, dispone que “la maternidad quedará establecida, aun sin remediar reconocimiento expreso, por la prueba de nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá de realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuera el marido”

Un dato curioso es que según lo dispuesto por el artículo 261 es que la mujer podrá impugnar la maternidad, alegando no ser ella la madre del hijo que pasa como suyo. Este artículo resulta bastante innovador, pues a pesar de que la ley argentina no hace alusión a los avances científicos sobre la reproducción humana, es claro que el artículo hace referencia desde luego a la maternidad subrogada y aunque la maternidad se determina y registra oficiosamente a través del parto, con la insertación del presente artículo se podrá probar que no existe ningún nexo biológico ni jurídico entre el niño y la madre putativa.

3.4 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

España es uno de los primeros países que han legislado sobre técnicas de reproducción asistida. Su ley de 22 de noviembre de 1988 tiene como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, cuando otros procedimientos son ineficaces. (art. 1º) Estas técnicas de

reproducción se realizarán en todas las mujeres siempre y cuando gocen de buena salud, den su consentimiento libre y por escrito y estén debidamente informadas al respecto.

Las técnicas de reproducción asistida podrán realizarse con la aportación de donantes de gametos o preembriones. El donante será anónimo y de su donación sólo nacerán como máximo seis descendientes, respecto de los cuales no tendrá derechos ni obligaciones. Por lo que respecta a la fecundación post-mortem, la ley previene en principio, que no podrá determinarse legalmente la filiación y reconocerse efectos o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de la técnica regulada por esa ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón; sin embargo se agrega que el varón, ya sea en matrimonio o concubinato, podrá consentir en escritura o testamento que su semen sea utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento.

La filiación de los hijos nacidos bajo estas técnicas de reproducción asistida se regularán por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas este capítulo. (art. 7)

Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución del donante o donantes podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación. (art. 8)

No obstante que la donación es anónima el hijo tendrá derecho a conocer u obtener información general de los donantes siempre que no incluya su identidad. Esta solo se revelará en casos excepcionales que comporten un peligro para la vida del hijo o proceda con arreglo a las leyes procesales penales.

La maternidad subrogada queda prohibida según lo dispone el artículo 10 ap 1 que dice: *"nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o tercero."*

En el caso de que llegara a suceder el mismo artículo lo resuelve de la siguiente manera: *"la gestación de maternidad por gestación de sustitución será determinada por el parto"* quedando *"a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"*. Esto quiere decir que la madre genética no podrá reclamar la maternidad, ni desplazar a la madre subrogada, empero, el marido si podrá reconocer como propia a la criatura o exigir la custodia del niño o por lo menos, el derecho de visita.

Por lo que respecta a la crioconservación, la legislación española en su artículo 11 menciona que se autoriza el deposito de semen en bancos de gametos autorizados por un máximo de cinco años, condicionando la crioconservación de óvulos a que haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los mismos después de su descongelación. Autoriza también la conservación de los embriones

sobrantes de la FIV por un máximo de cinco años, aclarando que, al término de los dos primeros, los donantes no podrán ya disponer del mismo, quedando a disposición de los bancos correspondientes..

Por último la ley autoriza el análisis del embrión *in vitro* con el fin de confirmar su viabilidad o detectar enfermedades hereditarias. El diagnóstico sobre embriones vivos requiere a) el consentimiento escrito e informado de las personas de las que procede; b) que no se desarrollen después de los 14 días de la fecundación, excluido el tiempo durante el cual estuvieron crioconservados y c) que la investigación se realice en centros y por equipos multidisciplinarios cualificados, debidamente autorizados y controlados por las autoridades competentes.

Es importante subrayar que la ley española sobre reproducción asistida solo incursiona en las materias civil y administrativa, evitando la materia penal. No obstante considero que es muy importante que existan ya este tipo de leyes, pues si bien es verdad que tienen errores, también tienen aciertos que nos permiten ir aprendiendo para crear mejores leyes.

4. PRINCIPALES CONTROVERSIAS LEGALES SUSCITADAS EN LOS NIÑOS NACIDOS BAJO ESTAS TÉCNICAS DE CONCEPCIÓN Y REPRODUCCIÓN HUMANAS

Antes de entrar al estudio de las principales controversias que ocasionan estas nuevas formas de reproducción en el ser humano, considero que es pertinente mencionar cómo el derecho define a la

reproducción asistida. Al respecto el Lic. Chavéz Asencio dice que a diferencia de inseminación natural, que es un deber jurídico, la inseminación y fecundación artificial son actos jurídicos, y se basa en el siguiente razonamiento:

“Al no poder ser el embarazo consecuencia del coito, por esterilidad o algún defecto orgánico, se recurre a medios externos, donde interviene el ingenio humano y la ayuda de terceros como es la colaboración del médico; en la inseminación heteróloga intervienen adicionalmente o un donador (semen) o donadora (óvulo). El débito carnal se da entre los consortes pero no es fecundante. Se requieren actividades distintas a las naturales y la aceptación de esas manipulaciones técnicas es lo que le da el carácter de acto humano con propia definición, que si bien tiene la misma finalidad, ésta se logra en forma distinta a la natural”⁶⁵

Comparto totalmente el criterio del Lic. Chavéz Asencio, pues al analizar la definición de acto jurídico vemos que se cumple con todas y cada una de sus partes el concepto vertido. Pues a saber acto jurídico se define como *“la conducta del ser humano en que hay una manifestación de voluntad, con la intención de producir consecuencias de Derecho, siempre y cuando una norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad, y sancione los efectos deseados por el autor”*⁶⁶.

En estos términos, en la reproducción asistida vemos que la manifestación de voluntad con la intención de producir consecuencias

⁶⁵ Chavéz Asencio, Manuel F. *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, p.43

⁶⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*, p. 127

jurídicas se da desde el momento en que la pareja se da cuenta de que sus relaciones sexuales no son fecundantes y que por lo mismo deciden que deben recurrir a las técnicas de reproducción, a fin de lograr tener hijos. Al someterse a dichas técnicas inmediatamente trae consecuencias legales, entre ellas la filiación del niño nacido bajo estas nuevas tecnologías. Por lo que respecta a la norma jurídica, sancionadora de esa voluntad, esta se encuentra en nuestro derecho positivo en la Ley General de Salud, la cual considero incompleta en este aspecto, toda vez que no hace alusión a todas las probabilidades jurídicas que se pudieran ocasionar con el uso de la fecundación asistida y, como ejemplo, cabe mencionar que el artículo 466 en su parte final establece que: *"la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad del cónyuge"*. Esta disposición da lugar a muchas confusiones porque se podría pensar que en los casos de la mujer soltera, basta su autorización para que el médico proceda a inseminarla, tampoco previene las consecuencias derivadas para el caso de que la mujer se haga inseminar, aun sin la conformidad de su cónyuge. Además de estas razones considero también que si nuestros legisladores han decidido considerar a la fecundación asistida en este ordenamiento, debieron también haber considerado las reformas conducentes al Código Civil para que pudieran aclarar cualquier confusión.

Por otra parte y por lo que respecta a los problemas suscitados en el campo de la filiación, hemos mencionado a lo largo del presente

trabajo que las técnicas de reproducción asistida vienen a romper con los conceptos básicos que se tenían sobre la maternidad y paternidad y que en nuestro sistema jurídico estaban comprendidos en que la maternidad siempre cierta es, el padre es el marido de la madre y a cada hijo solo puede atribuírsele un padre y una madre.

Actualmente con el empleo de estas nuevas técnicas reproductivas, vemos que respecto de la paternidad tenemos que existen dos padres. Aquel que donó su semen para hacer posible la fecundación del óvulo y que llamaremos genético y aquel que es el que va asumir todas las responsabilidades inherentes a la paternidad y que denominaremos como padre social

La maternidad es aun un poco más complicada pues aquí resulta posible que un niño así nacido llegue a tener hasta tres madres. De esta manera, se tendría a la madre social, llamada así porque la sociedad y la ley la reconocen como tal; la madre genética, que al igual que como el varón, es la que dona sus gametos para hacer posible la fecundación y, puede darse el caso de que exista una tercer madre llamada madre gestante, que es la que da a luz al niño y únicamente se da cuando existe la maternidad subrogada, que ya explicamos.

En este orden de ideas resulta muy importante que nuestros legisladores legislen adecuadamente sobre éste tema, además repito, de dar una revisión exhaustiva al título séptimo de nuestro Código Civil que trata sobre la paternidad y filiación, pues es necesario estar preparados

jurídicamente para cuando en este sentido se susciten conflictos relacionados en la determinación de la paternidad, pues como dice la Lic. Pérez Duarte "Resolverlo implica señalar quién ha de asumir las responsabilidades que esa relación entraña y quién ha de quedar liberado de ellas. Las consecuencias en los ámbitos del ejercicio de la patria potestad y la custodia, de la obligación alimentaria, de los derechos sucesorios, de los impedimentos para contraer nupcias, son varias y complejas de ahí la importancia que para el derecho de familia tienen éstas manipulaciones, ello explica las actividades que, a diferentes niveles, se están llevando a cabo en el mundo entero".⁶⁷

En la Fecundación e Inseminación homóloga, como ya lo señalé anteriormente, considero que no existe problema jurídico en la filiación, puesto que los gametos utilizados son los proporcionados por los mismos padres; es decir la madre y el padre unidos ya sea en matrimonio o concubinato. Sin embargo se podría ocasionar un problema cuando el marido pretendiera desconocer al hijo, alegando su imposibilidad física que le impide procrear. Nuestra legislación no contempla esta situación, al respecto considero que la madre podría oponerse y ofrecer como prueba el análisis del semen del marido, prueba que desde luego sería biológica. Existe, por otra parte, la teoría del acto propio, la cual dice que: "nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente

⁶⁷ Pérez Duarte Alicia, *Op cit* p. 185 y 186

relevante y plenamente eficaz".⁶⁸ En este caso el marido pretendería ir en contra de sus propios actos desconociendo el origen biológico que es fundamento para la filiación, lo cual no es válido.

Por lo que respecta a la inseminación y fecundación heteróloga algunos estudiosos del tema, como el Lic. Chávez Ascencio, la consideran ilícita, argumentando que es contraria a las normas de orden público y a las buenas costumbres. En efecto, considera que va contra el orden público porque "los principios de la actual legislación requieren para que un hijo sea de matrimonio que la fecundación sea con elementos genéticos de ambos. La ilicitud le deriva también por la imposibilidad del contrato, porque se está habiendo una transacción o arreglo sobre la filiación, lo cual está prohibido."⁶⁹ Si tomamos en cuenta la actual legislación definitivamente vamos a encontrar que efectivamente este tipo de inseminación es ilícita, de hecho el artículo 338 del C.C dice: "*No puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros*", pero es precisamente por esto y dado que cada día es más frecuente el uso de esta técnica, por lo que considero que se debe de legislar al respecto, quizás de una manera análoga a la ley sueca o española estableciendo que si el hombre ha consentido que su mujer sea inseminada artificialmente con esperma de donante, aquél sea considerado como padre legal del niño, señalando además en la misma ley que nunca podrá

⁶⁸ Soto Lamadrid, Miguel Angel. *Op. cit.* p. 122

⁶⁹ Chávez Ascencio Manuel F. *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, p 50

impugnar esa paternidad. Por lo que respecta al donante este no tendría ningún vínculo filial con el niño, y por lo tanto no existirían derechos y obligaciones entre ellos. Se debe también aclarar que en el supuesto de que la mujer se haga inseminar sin consentimiento de su esposo, esto sea considerado como causal de divorcio, pues sería una injuria grave en contra del marido ya que se le trataría de imputar un hijo que desde luego no es suyo y que por lo tanto tendría derecho de contradecir esa paternidad. De los supuestos descritos se deduce que el consentimiento de ambos cónyuges es un factor determinante para llevar a cabo la inseminación y/o fecundación heteróloga. Sin embargo nos preguntamos, ¿cómo debe ser expresado este consentimiento? La respuesta nos la da el Reglamento en Materia de Investigación de la Ley General de Salud en sus artículos 21 y 22 que en lo conducente establecen:

Art. 21 Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso el representante legal deberá de recibir una explicación clara y completa de tal forma que pueda comprenderla por lo menos sobre los siguientes aspectos:

- I La justificación y los objetivos de investigación
- II Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales
- III. Las molestias o riesgos esperados
- IV. Los beneficios que pudieran obtenerse

- V Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta o aclaración a cualquier duda
- VII. Libertad de retirar su consentimiento...

Art. 22 El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

- I. Elaborado por el investigador principal indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
- II Revisado y en su caso aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud. .

Ahora bien, en la Fecundación In Vitro, puede darse el caso de que el elemento extraño sea el óvulo, -en donde la mujer sea la estéril- en esta situación, ella podría recibir un óvulo donado y fecundado con esperma del marido, y a semejanza de lo tratado anteriormente y por ley, se consideraría a ambos cónyuges como progenitores del nuevo ser. Cuando se fecunde a una mujer en contra de su voluntad y con óvulo ajeno - además de las penas que se le deberían de imputar al profesional que realizó la ilícita operación- se debería de legislar el derecho a la impugnación de la maternidad, pues con este supuesto jurídico se

rompería el principio de que la filiación con relación a la madre resulta del solo hecho del nacimiento. (art. 360 C.C). En efecto, ante esta situación es evidente que la madre no es la progenitora y "atendiendo a que la maternidad se da por la fecundación del propio óvulo, lo cual nos haría necesario aclarar el artículo 360 C.C para excluir de esa afirmación la concepción artificial con óvulo extraño, lo cual tendría que probarse, toda vez que lo natural y legal es que el nacido sea hijo de la mujer que lo dió a luz, y contrariar este principio natural y legal exige una prueba en contrario"⁷⁰

Actualmente no existe ninguna disposición que determine la impugnación de la maternidad, pero es evidente que se presentarán casos que harán posible que la madre contradiga la filiación que se le imputa y por lo mismo procedería la impugnación en cualquier caso en que la madre putativa no fuese la verdadera progenitora.

A diferencia de la legislación española que permite la inseminación en todas las mujeres siempre y cuando gocen de buena de salud, esten debidamente informadas al respecto y tengan mayor de dieciocho años, considero que la inseminación artificial heteróloga o por donante debería de prohibirse en mujeres solteras o viudas, toda vez que no se le debe de negar al niño "ninguno de los beneficios de una familia completa, máxime si tenemos en cuenta que la inseminación artificial por donante tiene una razón de ser y un objetivo que es el remedio a las consecuencias de

⁷⁰ *Ibidem* p.56

esterilidad masculina, pero en modo alguno puede constituir un sistema de procreación alternativo al normal"⁷¹.

Comparto totalmente el criterio del Lic. Zarraluqui, ya que efectivamente la reproducción asistida tiene como fin ayudar a todas aquellas parejas que por diversas razones no pueden procrear, por lo que no debe utilizarse únicamente por mero gusto de la mujer de tener un hijo, pues como dice Chávez Ascencio "se trata de ayudar a generar la filiación dentro de matrimonio, que es la forma legal y moral de constituir la familia."⁷²

Por lo que respecta a las buenas costumbres considero que este término es muy subjetivo, pues las buenas costumbres dependen tanto de las creencias de cada persona así como de las circunstancias personales e incluso de cada región, pues no son las mismas costumbres en el norte que en el sur. Además, ni la ley ni la doctrina le han fijado algún concepto o definición a este término.

Por otra parte, la maternidad subrogada es un término que realmente está mal empleado. En efecto, ésta existe cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer -esta siendo madre por cuenta de otra-, pero no existe maternidad subrogada cuando una mujer aporta su óvulo y este es fecundado artificialmente por un hombre, renunciando posteriormente al niño concebido para entregarlo al hombre que aportó su semen y su esposa, que no tiene posibilidad de engendrar.

⁷¹ Zarraluqui. *Cit. pos.* Zannoni Eduardo. A. *Op. cit.* p. 486

⁷² Chávez Ascencio, Manuel F. *La familia en el derecho Relaciones jurídicas paterno-filiales.* p.43

En este caso la mujer que aporta su óvulo es genéticamente la verdadera madre. No existe subrogación alguna.

Ahora bien, como ya dijimos, la maternidad subrogada ha causado muchas controversias tanto desde el punto de vista jurídico como ético. De hecho, es considerada en los Estados Unidos como un acto que se equipara a la “venta de niños”, pues es una forma de la ley que prohíbe ofrecer, dar o recibir bienes en cualquier forma a cambio de otorgar consentimiento para que el menor sea entregado.

Por lo que respecta a nuestra legislación el artículo 1794 del Código Civil dice que. *Para la existencia del contrato se requiere :*

I. Consentimiento

II Objeto que pueda ser materia de contrato

Por otra parte. en la segunda parte, título segundo que se refiere a la compraventa, dice el artículo 2248 que *habrá compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero*

Al respecto cabe preguntarse, ¿el menor es propiedad de alguien?, ¿puede ser objeto de contrato?. Al analizar los artículos 1824 y 1825 del C C observamos que en ningún momento se señala como objeto de contrato al ser humano. ni a los úteros, luego entonces, es ilícito el contrato que se celebra para llevar a cabo la maternidad subrogada, pues como se desprende de los artículos mencionados no hay objeto que pueda

ser materia de contrato y el que podría haber, es ilícito. A mayor abundamiento, el artículo 1830 del mismo ordenamiento que hemos estado tratando dice: *es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.*

Suponiendo que se llegare a suscitar una controversia de este tipo debe de declararse nulo de nulidad absoluta, ya que como dice el Lic. Sánchez Meda⁷³ si el objeto existe pero es considerado contrario a la moral y buenas costumbres estamos en presencia de un acto ilícito y, por ende, absolutamente nulo

Además de los argumentos antes mencionados, la maternidad subrogada provoca, desde el punto de vista del hijo, una situación de incertidumbre en la filiación, pues "las practicas relativas a la fecundación in vitro y a la inseminación artificial deben de garantizar la incondicionalidad de la procreación del hijo para ser atribuido exclusivamente a un padre y a una madre, la dicotomía entre madre biológica y madre gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses".⁷³

No obstante los argumentos antes expuestos y dada su evidente ilicitud es imperativo que se legisle la maternidad subrogada, ya que uno de los factores que han permitido que los contratos de maternidad se multipliquen en los Estados Unidos -ocasionando muchos problemas con ello- es precisamente la falta de leyes que los prohibiesen o los

⁷³ Zannoni. Eduardo A. *Op. cit.* p. 494

reglamentasen. En efecto, si este fenómeno se hubiera restringido o prohibido desde un principio no tendría la popularidad que actualmente tiene en el vecino país.

La posición que han adoptado los países que ya han legislado sobre fecundación asistida (Suecia, España, Australia, entre otros) ha sido la de prohibir la maternidad sustituta y, en todo caso, cuando se presente alguno la ley lo resuelve estableciendo que la filiación de los niños nacidos por esta vía será determinada por el parto

Hay criterios que incluso, consideran que la maternidad subrogada debería considerarse como delito; de esta manera, Zannoni propone expresamente que sea considerado como delito tanto la inseminación de una madre portadora, como la implantación de un embrión en otra mujer obligadas posteriormente a entregar al niño luego de su nacimiento.

En Australia, en el estado de Victoria precisamente, además de declarar la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, se castiga como delito con multa o cárcel "el dar o recibir o prometer dar o recibir pago, por ayudar a la realización de un contrato de maternidad subrogada o contratar el mismo."⁷⁴

Además de las controversias suscitadas en el campo de la filiación, existen otros problemas que deben de ser resueltos también. Se refieren específicamente a los embriones. En uno de los incisos anteriores mencionamos cómo fue resuelta una controversia ocasionada por ambos

⁷⁴ Silva Ruiz, *Panorámica general de fecundación humana en los Estados Unidos*, Cit. pos. Soto Lamadrid, *Op. cit* p. 372

padres divorciados que querían la propiedad del embrión producido por ellos, en la que a fin de cuentas la resolución dictada favoreció al padre pues la ley de ese país no concede ningún derecho a los embriones, por lo que el padre procedió a su destrucción. Ahora bien qué sucedería si en nuestro país existiera un problema similar. Según nuestras leyes, ¿de quién es el embrión antes de ser implantado?, ¿quién decide lo que se hará con él? en caso de su destrucción ¿es lícito quitarle la oportunidad de desarrollarse?, ¿pertenece a sus progenitores genéticos o al almacén donde es guardado?. ¿es sujeto de derechos?, en caso de que los tenga, ¿quién está obligado a custodiarlo y a velar porque sus derechos se respeten?

El artículo 22 del Código Civil señala que *"...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código"*. Desde mi punto de vista creo que este artículo, hasta cierto punto da algunas respuestas de las preguntas antes mencionadas, pero quizá debería de ser un poco más explícito y, sobre todo, más avanzado, pues si bien es cierto que la ley lo protege no menciona ni hace referencia de quien es, ni quien está obligado a custodiarlo. entre otras cosas.

CAPITULO CUARTO

LA CIENCIA EN EL CAMPO DEL DERECHO DE SUCESIONES

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Como estudiaremos en el presente capítulo, las nuevas formas de reproducción asistida (Inseminación Artificial, FIV y Maternidad Subrogada), no únicamente repercuten en el derecho de la filiación, sino que también trasciende a otra rama del Derecho de Familia, esta es el Derecho de Sucesiones

Sin embargo, antes de dar comienzo a la forma de cómo es que se ve alterado el Derecho de Sucesiones -llamado también Derecho sucesorio- con estas nuevas técnicas de fecundación, considero que es pertinente dar algunos conceptos y comentarios básicos de esa materia, por lo que empezaremos primeramente a delimitar el término jurídico sucesión. Para Savigny, sucesión es "el cambio meramente subjetivo en una relación de derecho, es decir, cambio en el sujeto pero no del objeto"⁷⁵

Efectivamente, en el derecho sucesorio, al darse el fallecimiento de la persona titular de bienes, derechos y obligaciones, implica realizar un cambio en el titular de los mismos ya sea por voluntad del testador o por disposición de la ley es decir, en el sujeto, pero no del objeto, pues este únicamente se transmite.

⁷⁵ Arce y Cervantes, José. *De las sucesiones* p. 1

• DERECHO SUCESORIO

El Lic. Gutiérrez y González define al derecho sucesorio o Sucesión *Mortis Causa* como “el régimen jurídico procesal que regula la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones de una persona, a otra u otras, así como la declaración o el cumplimiento de sus deberes manifestados para después de su muerte”⁷⁶

El Lic. Baqueiro lo define como “la parte del derecho civil que regula la liquidación del patrimonio del difunto y la transmisión de sus bienes y derechos, que no se extinguen con su muerte, a otra u otras personas”⁷⁷

De los conceptos antes descritos se entiende entonces por derecho sucesorio la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que fueron del *de cuius* y que no se extinguen con su muerte, a otra u otras personas, ya sea física o moral.

Es importante comentar lo dispuesto por el artículo 1649 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, pues como se desprende de este artículo, la sucesión, además de abrirse a la muerte del autor de la herencia, como ya quedó señalado; también se abre cuando se declara la presunción de muerte de un ausente.

2. LA SUCESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

⁷⁶ Gutiérrez y González, Ernesto *Op. Cit.* p. 548

⁷⁷ Baqueiro Rojas, Edgard. *Op. Cit.* p. 253

La Sucesión *Mortis Causa* es denominada también herencia y esta se efectúa a la muerte del titular de un patrimonio. Nuestro Código Civil, en su artículo 1281 define a la herencia como “la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Como podemos apreciar esta definición es similar al concepto de derecho sucesorio, por lo que deducimos entonces que al referirnos a la figura jurídica de la herencia también nos estamos refiriendo al derecho de las sucesiones

El artículo 1282 del ordenamiento legal anteriormente invocado señala que “la herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Ahora bien, la herencia puede ser a título universal en donde el heredero responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes heredados (art. 1284 C.C) o a título particular en donde el legatario no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos (art 1285 C.C)

Ante el primer supuesto Rojina Villegas dice que “el heredero es un verdadero continuador del patrimonio del *de cuius* y representa todas sus relaciones activas y pasivas de carácter pecuniario, pero con el límite que

establece el beneficio de inventario. Sólo responde de las cargas de la herencia hasta donde lo permita el activo...⁷⁸

Efectivamente, si las deudas del *de cuius* fueran igual a la masa hereditaria el heredero no recibiría nada, pues todos los bienes estarían dispuestos para el pago de esas deudas; si las deudas superan a los bienes, algunos acreedores se quedarían sin cobrar o en sus caso, todos percibirían la parte correspondiente a sus respectivos créditos, pero si no se esta en ninguno de los supuestos mencionados, el heredero se convierte en el titular del patrimonio dejado por el *de cuius* es decir, en el verdadero continuador del patrimonio

Por lo que respecta al legatario, sucesor a título particular (por un bien determinado o susceptible de determinarse) sólo responde, como ya quedo señalado, de los cargos que expresamente le señala el testador, salvo que toda la herencia se distribuya en legados, pues en este caso, todos los legatarios actúan como herederos respondiendo en proporción a su legado

Existen diversas clases por medio de las cuales se puede abrir la herencia o sucesión *mortis causa*, entre ellas podemos mencionar las siguientes

2.1 SUCESION TESTAMENTARIA

⁷⁸ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de derecho civil, T. II*, p. 294

Es llamada también de libre testamentificación, pues en esta el testador dispone libremente de sus bienes, derechos y obligaciones a través de una declaración unilateral de voluntad llamada testamento.

Arce y Cervantes considera que esta clase de testamentificación tiene su fundamento "en la necesidad de garantizar al individuo el completo dominio de los propios bienes, no solo durante la vida, sino después de la muerte para satisfacer sentimientos de afecto, de gratitud, de caridad que no pueden y no deben tener su límite insalvable en la muerte".⁷⁹

2.2 SUCESION LEGITIMA

La sucesión legítima o intestada es aquella en que la sucesión puede darse sin testamento, en virtud de que la ley es la que determina la forma en que jurídicamente o legalmente se dispondrá de los bienes, derechos y obligaciones del *de cuius*.

En efecto el título cuarto, capítulo I del C.C hace referencia a la Sucesión Legítima y en su artículo 1599 dispone:

Art. 1599 La herencia legítima se abre:

- I Cuando no hay testamento o el que se otorgo es nulo o perdió su validez
- II Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes
- III Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero

⁷⁹ Arce y Cervantes, José, *Op Cit.* p. 34

IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, sino se ha nombrado sustituto.

Estos no son los únicos supuestos por los que la herencia legítima se puede abrir, pues como lo mencionamos anteriormente, el artículo 1649 del C.C señala un supuesto mas que debería ser incluido en las fracciones que anteceden. Así, dicho artículo señala "la sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente", por lo expuesto, es por lo que considero que al art. 1599 del C.C se le debería agregar una quinta fracción con la leyenda del artículo 1649 del C.C. No obstante lo anterior, se debe aclarar que esto es posible siempre y cuando el ausente no haya dejado su testamento, de lo contrario será una sucesión testamentaria.

Estas no son las únicas maneras por las cuales se puede transmitir la herencia pues nuestro Código Civil señala también la Sucesión Mixta que es aquella en donde coexisten simultáneamente las dos anteriores es decir, la voluntad del testador y la voluntad de la ley. De esta manera, el artículo 1283 del ordenamiento sustantivo en estudio dispone que "el testador puede disponer del todo o parte de sus bienes. La parte que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.

A manera de ejemplo podemos señalar el siguiente: El señor Jorge cuenta con dos casas al momento de otorgar su testamento, en él se dispone que una de ellas es para su esposa y la otra para sus dos hijas.

Poco tiempo después se hace de un departamento y dos automóviles los cuales no pudo poner en el testamento toda vez que falleció antes de que pudiera hacerlo

Pues bien, resulta que este señor tuvo otro hijo con otra señora distinta a su esposa, hijo que efectivamente reconoció como suyo y en donde consta el acta respectiva. En este caso, el hijo producto de esta unión podrá heredar por sucesión legítima respecto de estos últimos bienes nada mas, puesto que los otros se repartirán conforme al testamento

Existe otra forma de testamentificación llamada sucesión contractual la cual el Lic. Gutiérrez y González la define como: "La sucesión en todos los bienes y en todos los derechos y obligaciones de una que fue persona física, después de que fallece, por la persona con la cual se pactó que el que falleciera primero, transmitiría a su contraparte todos esos bienes, derechos y obligaciones, o bien que se transmitirían a una persona que entre ellos convinieron"⁸⁰

Este tipo de sucesión, llamada también sucesión mancomunada, esta expresamente prohibido por la mencionada ley sustantiva ya que en el artículo 1296 se señala que no pueden testar en el mismo acto dos o más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero, por lo tanto en caso de darse, es nulo de pleno derecho por contravenir una norma de caracter prohibitivo. (Art. 8 del C.C)

⁸⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. *Op Cit* p 561

El Lic. Gutiérrez y González menciona que nuestro Código Civil admite las dos primeras posibilidades, sin embargo considero que nuestro derecho positivo mexicano admite las tres formas de sucesión indicadas, pues en muchas ocasiones coexisten simultáneamente la legítima y la testamentaria, dando con ello lugar a la sucesión mixta. Ahora bien, a pesar de esto, la verdad es que nuestros legisladores prefieren siempre a la sucesión testamentaria y deja a legítima como supletoria, esto se debe a que nuestra ley, de alguna manera, busca respetar la última voluntad del testador y garantizar el dominio de sus bienes en ejercicio de su derecho auténtico de la propiedad privada, aún después de su muerte. No obstante lo anterior también es conveniente tratar de concientizar a la gente de las necesidades e importancia de dejar testamento.

- **CAPACIDAD E INCAPACIDAD PARA TESTAR.**

La capacidad es un atributo inseparable de la personalidad que se adquiere desde el nacimiento y dura hasta la muerte. En términos generales la capacidad se define como la "aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones y ejercitarlos"⁸¹

En materia de sucesiones se dice que tienen capacidad para testar todas aquellas personas a quienes la ley no se los prohíbe (art. 1305 C.C), excepto las personas con enajenación mental, así como los menores de 16 años, que la ley los considera como incapaces (art. 1306 C.C). En el primer caso estamos frente a una incapacidad relativa, toda vez que si la

⁸¹ Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. p. 158

persona enajenada tiene intervalos de lucidez, en este momento es capaz de otorgar su testamento, siempre y cuando se reúnan todas las formalidades requeridas por la ley, estas son: que el juez de lo familiar ocurra al domicilio del enfermo con dos médicos especialistas en estas cuestiones a efecto de comprobar que efectivamente, en ese momento se encuentra en estado de lucidez; posteriormente se procede a dictar el testamento ante la presencia del notario y con sus respectivos testigos. Es importante que en el acta se asiente que durante todo el procedimiento el autor de la herencia estuvo conciente y en pleno estado de lucidez, pues de lo contrario se considerará nulo el testamento.

En la incapacidad originada por los menores de 16 años, se trata de una incapacidad absoluta, ya que en ningún caso se reconoce el testamento hecho por un menor de 16 años.

Cuando se presenta cualquiera de estas incapacidades, la sucesión que se habrá de demandar será la sucesión legítima, pues se esta dentro de los supuestos que establece el artículo 1599.

3. CAPACIDAD PARA HEREDAR.

Al igual que la capacidad para testar, en la capacidad para heredar se establece que toda persona, sea de cualquier edad, tiene capacidad para heredar, ya sea por sucesión testamentaria o legítima. Así lo dispone el art. 1313 del C.C que dice: "Todos los habitantes del Distrito Federal, de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser

privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas, y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las siguientes causas.

I. Falta de personalidad;

II. Delito.

III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento;

IV. Falta de reciprocidad internacional;

V. Utilidad pública;

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

• **INCAPACIDAD.**

La incapacidad para heredar la define Baqueiro como "toda causa que la ley establece para privar del derecho de heredar"⁸²

Esta incapacidad sólo opera en relación a determinadas personas pues como lo señalamos anteriormente la capacidad puede perderse en los casos que indica el art. 1313 antes expuesto. Es importante comentar entonces que la incapacidad propiamente dicha, sólo se encuentra en la fracción I del artículo en comento, es decir en la falta de personalidad, ya que en los demás supuestos estamos frente a la figura jurídica de la indignidad que se funda por causas de orden moral. El Lic. Ibarrola las distingue señalando que "la indignidad supone la capacidad; pero la capacidad no supone la indignidad"⁸³; esto quiere decir una persona

⁸² Baqueiro Rojas, Edgard, *Op. cit.* p. 288

⁸³ Ibarrola, Antonio de *Cosas y Sucesiones*, p. 782

indigna tuvo la capacidad para suceder, sin embargo perdió esa capacidad por la realización de alguna conducta, que le impidió seguir conservando su derecho de suceder

La incapacidad la encontramos en el art. 1314 del C.C que dice: "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el art 337"

3.1 FALTA DE PERSONALIDAD.

En virtud de que el objetivo del presente capítulo tiene como fin el estudio de la personalidad de los niños nacidos post-mortem de su padre, es por lo que nos avocaremos únicamente al estudio del artículo antes expuesto, pues es este el que está íntimamente relacionado para tales efectos

La capacidad, como lo señalamos anteriormente, es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y ejercitarlos. Si esta es suprimida desaparece la personalidad, por lo tanto si no hay capacidad mucho menos habrá personalidad. La capacidad se adquiere desde el nacimiento, pero por una ficción legal se considera que un ser concebido tiene capacidad jurídica, así lo ha establecido el artículo 22 del C.C que señala: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es

concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código.”

Ahora bien, por concebido se entiende el momento en que el espermatozoide fecunda al óvulo, es decir cuando las células femenina y masculina se unen para formar una nueva célula quedando en ese momento la mujer embarazada⁸⁴ y dando origen con ello al embrión humano, un embrión que como consecuencia de la ficción legal ya tiene personalidad y por ende, ciertos derechos, entre ellos el de capacidad para heredar

Regresando al punto que nos ocupa el artículo 1314 del C.C es muy claro al señalar que: "Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto por el art. 337"

En estos términos, en el derecho sucesorio se requiere para poder ser heredero tener personalidad, sin este supuesto la ley expresamente lo declara incapaz, ya que no puede tener capacidad para heredar alguien que ni siquiera existe.

Evidentemente el precepto en estudio excluye de toda posibilidad para heredar al hijo nacido *post mortem* de su padre, situación que desde mi punto de vista la considero injusta. ya que a mi manera de ver se esta castigando al hijo por un acto que le es totalmente ajeno, sería como

⁸⁴ Compton's Interactive Encyclopedia. 1994

estigmatizarlo con la ilegitimidad por no haberse casado sus padres, como antaño se hacía. A continuación veremos la situación de estos niños en nuestro derecho positivo.

4. SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS NACIDOS *POST MORTEM* DE SU PADRE O MADRE EN RELACIÓN CON LA HERENCIA.

En este aspecto, la situación de los hijos nacidos posteriormente a la muerte del progenitor los coloca ante una situación *sui generis* que el derecho debe de resolver, por lo que es conveniente que nuestros legisladores establezcan normas que regulen ya sea su prohibición o permisión, pues es necesario estar preparados para cuando se presenten situaciones de este tipo.

Efectivamente, el Lic. González Porras dice al respecto: "Pensemos en el siguiente caso -y ya se han dado en Italia y Francia- de un marido fallecido al que se le había extraído líquido seminal previamente, y depositado en un Centro o banco de semen. El esposo fallecido dispuso en su testamento que se inseminase a su esposa (y hay que dar por supuesto que la práctica de la inseminación artificial debe contar con el consentimiento de la viuda). Pues bien si el padre no mencionaba en el testamento a su futuro hijo pueden darse situaciones curiosas tanto de filiación del hijo que nazca como de sucesión.

En efecto, la esposa puede no prestarse a tales prácticas y en tal caso no hay problema legal alguno. Puede que si acepte ser inseminada,

pero que el hijo que se concibe no llegue a nacer con la condición de persona a efectos jurídicos y tampoco hay cuestión planteable. Y finalmente es posible que se conciba el hijo y nazca en perfectas condiciones...»⁸⁵.

Ahora bien, desde mi punto de vista considero que ante esta situación el hijo concebido de esta manera se le va a colocar en un estado muy desfavorable en comparación con sus hermanos, ya que por un olvido, voluntario o no de su padre, queda excluido del testamento.

En nuestra legislación para que una persona pueda heredar, ya sea como heredero o legatario, deben de cumplirse ciertos requisitos que la ley menciona pues sin ellos pueden perder su capacidad para heredar. Así, el artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal menciona *“son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337”*. En este aspecto la ley es clara y precisa señalando que los no concebidos son incapaces para heredar, pues evidentemente carecen de personalidad.

Asimismo, Carmen García Mendieta señala que “un hijo que fuese producto de una inseminación artificial del esposo fallecido, no podría considerarse legalmente hijo de matrimonio, si su nacimiento se produjese pasados los 300 días de la muerte de su progenitor. En consecuencia no

⁸⁵ González Porras. José Manuel. *Op. cit.* p. 67

podrá ese hijo llevar el apellido de su padre, ni tendrá derechos hereditarios sobre el patrimonio del mismo; sólo tiene derechos sobre la masa hereditaria el que esté concebido a la fecha de la muerte del causante, siempre que nazca viable⁸⁶.

Efectivamente, ante esta situación estamos hablando de un hijo extramatrimonial, puesto que esta naciendo pasados los 300 días a la muerte del progenitor sin embargo, a mi parecer, eso no quiere decir que no tenga los mismos derechos que un hijo nacido dentro de matrimonio, pues como se señaló desde un principio, en la exposición de motivos nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal se comenzó por borrar la odiosa diferencia de los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio, procurando que unos y otros gozaran de los mismos derechos, luego entonces el niño nacido como consecuencia de la inseminación artificial a su madre con semen de su padre ya fallecido, tiene los mismos derechos que un hijo de matrimonio, incluyendo su apellido, alimentos y la porción hereditaria correspondiente según lo establece el art. 389 C.C. que a continuación se transcribe:

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

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

⁸⁶ García Mendieta Carmen. *Filiación extracorpórea: aspectos legales*, Revista Ciencia y Desarrollo. CONACYT. p. 38

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

En estas condiciones el problema radica mas bien en cuanto al reconocimiento, el cual solo puede ser voluntario o a través de una sentencia que declare la paternidad (art. 360 C.C). Como es obvio que el reconocimiento no va a venir nunca puesto que el marido ya ha fallecido, la solución la podríamos encontrar al aplicar el artículo 327 del C.C de manera analógica, demandando el reconocimiento del hijo por el padre ya fallecido a través de la mujer, el hijo o el tutor de éste, pues como dice el artículo en cuestión estas personas pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

Al respecto el Lic. Chavez Asencio menciona que “Esta posibilidad biológica debe hacernos reflexionar sobre la necesidad de cambiar las reglas de la sucesión, pues el artículo 1314 del C.C considera que no tiene personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Mientras esta modificación no se hiciera, y llegare a presentarse esta situación, habría un conflicto entre dos disposiciones jurídicas; el artículo 327 C.C que establece la posibilidad de que el marido muerto sea el padre del hijo no concebido antes de su muerte, y el artículo 1314 C.C señalando que priva al hijo por no estar concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia”⁸⁷

Comparto el criterio del Lic. Chávez Asencio en cuanto al conflicto que se podría suscitar entre las dos disposiciones jurídicas, siempre y

⁸⁷ Chávez Asencio, Manuel F, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, p.49

cuando se aplique por analogía el art. 327, sin embargo es necesario remarcar que este artículo de ninguna manera establece la posibilidad de que el marido muerto sea el padre del hijo no concebido antes de su muerte; si así fuera entonces no habría necesidad de aplicar la analogía del multicitado artículo.

Al aplicar el artículo 327 de la manera como lo hemos venido tratando, implicaría un grave problema toda vez que si el hijo se reconoce así, inmediatamente adquiere el derecho a recibir la porción hereditaria que menciona el artículo 389 en su fracción tercera, ocasionando con ello posiciones contrarias con el artículo 1314 que excluye de toda posibilidad al hijo no concebido a la muerte de su padre.

Evidentemente la situación de los hijos nacidos *post mortem* ocasiona diversos problemas que requieren una solución inmediata. Patricia López Peláez menciona tres posiciones acerca de la permisibilidad o no de esta situación

- a) la de quienes propugnan su radical prohibición,
- b) la posición permisiva. casi siempre bajo ciertas condiciones,
- c) la de los que entienden que no se puede prohibir la fecundación *post mortem*, pero si debe privarse al nacido por ese procedimiento de derechos sucesorios respecto de la persona cuyo fallecimiento se toma en consideración⁸⁸

⁸⁸ López Peláez, Patricia, *Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem*, Boletín de la Facultad de Derecho, p. 115

Esta última posición es la más absurda, pues como mencionamos anteriormente, no es justo que por un acto de sus padres, en donde él no tiene absolutamente nada que ver, se le prive sin razón de la porción hereditaria correspondiente, además de que de ser así se estaría violando la garantía de igualdad que está consagrada en la parte dogmática de nuestra Constitución. en el segundo párrafo de art. 4º.

Definitivamente la respuesta no es nada fácil; a mi parecer no se puede prohibir puesto que se estaría atentando contra la libertad personal y contra el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, pero tampoco se puede permitir en perjuicio del niño nacido, como acontece en el inciso "c" ya señalado. Creo que lo mejor sería permitirlo, siempre y cuando sea debidamente modificada la ley para concederle al niño sus derechos sucesorios como de filiación.

Al respecto cabe señalar que la Comisión para la reforma jurídica de Nueva Gales del Sur, Australia dispuso en el anteproyecto de ley que "la inseminación artificial será admitida, siempre que la viuda, una vez fallecido el marido, se haga inseminar de conformidad con el consentimiento que éste hubiese prestado expresamente. Cuando esto ocurra, se presumirá para todos los fines legales, que el marido fallecido ha embarazado a su esposa y que él es el padre del hijo resultado del embarazo"⁸⁹

⁸⁹ Soto Lamadnd, Miguel Angel. *Op Cit.* p. 104

Otra opción, para el caso de que ya se haya llevado a cabo la repartición de la herencia sería la de dividir la parte que le había tocado a su madre en dos. En efecto siendo la madre la única responsable de engendrar al niño a través de esta vía, considero que lo más justo y a fin de que el fruto de esta inseminación no quede totalmente desprotegido y sin derecho a heredar por parte de su padre, se legisle de esta manera con el fin de protegerlo

Nuevamente Patricia López Peláez propone como solución, agregando al artículo 959 del Código Civil español el siguiente texto: *"Cuando la mujer crea haber quedado encinta, o se proponga utilizar las técnicas de fecundación asistida tras la muerte del varón en los términos legalmente permitidos, deberá ponerlo en conocimiento de..."*

Asimismo dice que: "El aviso que debe dar la mujer que cree haber quedado encinta es muy útil para el caso de que vaya a ser inseminada, o a gestar un embrión previamente depositado, porque sirve para advertir a los interesados y para que se tomen las medidas oportunas de guarda de los bienes que puedan corresponderle al concebido, o *concepturus*, y para la previsión del fraude. pues podría hacerse inseminar con esperma de otro varón. fallecido su marido, para desplazar la herencia a otros hijos del *de cuius*. Por eso, si siempre ha sido más práctico el llamamiento del parto del art 961, que la notificación de creencia de embarazo del art. 959 en los supuestos de fecundación *post mortem* es más trascendente notificar

la intención de llevar a cabo una acción semejante.⁹⁰ Más adelante la misma autora insiste en que se debería imponer a la viuda que se proponga utilizar estas técnicas la obligación de comunicarlo a todos los que puedan tener interés en la sucesión, de manera inmediata, a pesar de lo que dispone el art. 963 del Código Civil, incluso fijándole un plazo, que podría ser un mes después del fallecimiento; o bien establecer la obligación de los establecimientos públicos sanitarios que practiquen estas técnicas, o mejor que los Notarios que autoricen documentos públicos en que consten estos consentimientos, de comunicarlo al Registro General de Actos de Última Voluntad, todo ello con la finalidad de poder proceder a suspender la partición de la herencia, o al menos imponer prohibiciones de disponer a quienes reciban los bienes durante el tiempo necesario, de modo similar al establecido en el art. 196 para el supuesto de estar un ausente llamado a la herencia.⁹¹

El hecho de dar aviso a la autoridad correspondiente así como a los interesados en la repartición de la herencia, me parece la forma más lógica y la más correcta de solucionar este problema de la fecundación *post mortem*, ya que de esta manera se está evitando un perjuicio al niño nacido bajo esta técnica y se le está dando la oportunidad para ser tomado en cuenta en la sucesión de su padre, además con este aviso se estaría dando solución también al problema de la filiación.

⁹⁰ López Peláez, Patricia, *Op. cit.*, p. 128

⁹¹ *Ibidem.*, p. 133

Es importante comentar que nuestro Código Civil en su título quinto, capítulo primero expone las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, así lo expone el artículo 1638 que a la letra dice: *“Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo”*

Como podemos observar, es conveniente que a nuestra legislación se le agregue el texto que reproducimos líneas atrás para que de esta forma quede como sigue: *“Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta o se disponga a utilizar las técnicas de reproducción asistida tras la muerte del varón, en los términos legalmente permitidos, lo pondrá en conocimiento del juez..”*

Estas soluciones que han sido estudiadas son tanto para la sucesión testamentaria como legítima, ya que a mi modo de ver si existe el semen congelado del progenitor ya fallecido, se presume que aunque no lo haya hecho saber o constar en su testamento, su última voluntad era la de fecundar a su esposa con ese semen y engendrar al niño post mortem

Para finalizar considero que también se debe aclarar la situación de los embriones congelados. pues en este caso el hijo ya esta concebido, de esta manera. sería conveniente insertar un artículo que prevea que

para el caso de que un niño nazca por medio de la FIV, utilizando un embrión congelado y almacenado, que no estuviese en útero de la madre, a la fecha de la muerte de su padre, no podrá sucederle o heredarle.

CAPITULO QUINTO

CONCLUSIONES

PRIMERA Los principios básicos que rigen a la filiación y que provienen de los sistemas jurídicos romano y canónico ya no son aplicables, pues la ciencia, con todos sus descubrimientos e inventos ha venido a transformar estos principios; es por ello que se debe de buscar la manera de introducir preceptos legales que abarquen estos avances científicos.

SEGUNDA: Las presunciones que aluden los artículos 324, 325 y demás relativos a la filiación del Código Civil para el Distrito Federal, son innecesarias y obsoletas pues actualmente es posible la fecundación y reproducción sin necesidad del acceso carnal que señalan los artículos citados, por lo anterior es necesario que se proceda a realizar las reformas conducentes.

TERCERA La legitimación prevista en el capítulo III del título séptimo no tienen razón de existir pues el legítimar a los hijos nacidos fuera de matrimonio no les aporta absolutamente ningún beneficio adicional.

CUARTA: Una de las principales preocupaciones que trae consigo la ingeniería genética, específicamente dentro de las técnicas de reproducción asistida, es la reproducción de seres humanos a través de la

clonación, la partenogénesis, las quimeras y en general todos aquellos experimentos que tienen por objeto la manipulación genética con fines reproductivos. Hasta el momento estas formas de reproducción se han llevado a cabo solo en animales, pero no se descarta la posibilidad de intentarla en el ser humano. Ante esta situación nuestros legisladores habrán de plantearse si procede o no su reglamentación y, en caso de reglamentarse, si debe de prohibir o permitir.

QUINTA: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos parece consentir la utilización de las técnicas de reproducción asistida, toda vez que en su art. 4º se consagra la libertad de decidir de manera libre y responsable sobre el número de hijos y su espaciamiento, sin mencionar ninguna limitación en cuanto al método que se desea utilizar. No obstante lo anterior, ni el Código Civil ni el Código Penal vigentes para el Distrito Federal señalan precepto alguno que regulen esta situación, por lo que considero que se deben realizar las reformas conducentes a fin de regular dentro de estos ordenamientos las técnicas de reproducción asistida

SEXTA. La Ley General de Salud, así como su Reglamento en Materia de Investigación, son los únicos ordenamientos que contemplan, aunque de forma muy somera, el problema de la fecundación asistida, sin embargo el

art 466 de la LGS señala únicamente conductas delictivas sin regular los procedimientos.

Si nuestros legisladores han decidido contemplar esta forma de reproducción en los ordenamientos señalados anteriormente, considero que nuestro legisladores debieron de haber previsto también las reformas conducentes al Código Civil, pues por una parte consienten en su utilización, pero por otra no señalan las consecuencias ocasionadas por su uso, dejando de esta manera lagunas que el derecho no puede resolver, por no existir preceptos legales que regulen esta materia.

SÉPTIMA: La fecundación *post mortem* de ninguna manera deberá de prohibirse sin embargo deberá de legislarse de tal manera que el niño nacido bajo la utilización de estas técnicas no quede desprotegido.

OCTAVA: Desde mi punto de vista, la forma más correcta de solucionar este problema de la fecundación *post mortem*, será dando aviso a la autoridad correspondiente, así como a los interesados en la repartición de la herencia, por parte de quien pretenda hacerse inseminar utilizando éstas técnicas. De esta manera habrá de hacerse la reforma correspondiente al art. 1638 del C.C agregándole que “Cuando la viuda se disponga a utilizar las técnicas de reproducción asistida tras la muerte del varón, en los términos legalmente permitidos lo pondrá en conocimiento del juez .”

NOVENA Si se llegasen a realizar las reformas propuestas, sería también necesario cambiar las reglas de sucesión previstas en el art. 1314 del C.C, pues este artículo establece la incapacidad de heredar a los no concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Mientras no se haga esta modificación se estaría en contradicción con las reformas propuestas.

Vt B. D.
~~18- 7/13/1998~~
J. J. Serrán B.

BIBLIOGRAFIA

1. Arce y Cervantes, Jose. De las sucesiones, Porrúa, México, 4ª ed. 1996, 253 pp.
2. Baqueiro Rojas, Edgardo, Derecho de Familia y Sucesiones, Ed. Harla, México, 1990, 493 pp.
3. Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia,
4. Borda Guillermo, A, Tratado de derecho civil
5. Brom, Juan, Esbozo de Historia Universal, México, Grijalbo
6. Castán Tobeñas, José, Derecho Español, civil, común y foral, Tomo V, Vol. 2
7. Castellán Yvonne, La familia, Trad. Hugo Martínez Moctezuma, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, 159 pp.
8. Compton's Interactive Encyclopedia, 1994
9. Chávez Ascencio. Manuel F, La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 3ª ed. México, Porrúa, 1994, 526 pp.
10. Chávez Ascencio. Manuel F, La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 2ª ed. México, Porrúa, 1992, 430 pp.
11. Chavez Ascencio. Manuel F, La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Conyugales, México, Porrúa, 1990, 604 pp.
12. Floris Margadant S, Guillermo, El derecho romano, México, Ed. Esfinge, 1991
13. González Porras, José Manuel, La Familia, el derecho y la libertad, Córdoba, 1991, 92 pp.
14. Gutiérrez Fuentevilla, Julian, Derecho Familiar, 2ª ed. México, Universidad Autónoma de Chiapas, 1990, 257 pp.
15. Gutierrez y González, Ernesto, Derecho de las obligaciones, 8ª ed., México, Porrúa, 1991, 1085 pp.
16. Gutierrez y González, Ernesto, El patrimonio pecuniario y moral o derecho de la personalidad y derecho sucesorio, 5ª ed. México, Porrúa, 1995, 1061 pp.
17. Historia Universal Salvat, Salvat Mexicana de Ediciones, 1980, 12 Tomos
18. Ibarrola Antonio, de, Cosas y Sucesiones, 8ª ed. México, Porrúa, 1996, 1120 pp.
19. Ibarrola Antonio, de, Derecho de Familia, México, Porrúa, 1992, 606 pp.
20. Landau, Elaine, Surrogate mothers
21. López Peláez, Patricia. Relaciones civiles derivadas de la fecundación post mortem, Boletín de la Facultad de Derecho
22. Magallón Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Derecho Sucesorio, Tomo V, Prol. José de Jesús Ledesma Uribe. México, Porrúa, 1990, 272 pp.
23. Magallón Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo III, Prol. Victor Manzanilla Schaffler, México, Porrúa, 1988, 586 pp.

24. Maillet, Marc, De los bebés de probeta a la biología del futuro, Ediciones P.L.M., 1981, 124 pp.
25. Morris, Desmond, El mono desnudo, Ed. Plaza & Janes, México, 1987
26. Nason, Alvin, Biología, Ed. Limusa, México, 1985, 726 pp.
27. Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo IX, Barcelona, 1982.
28. Peña Bernaldo de Quirós, Manuel, Derecho de Familia.
29. Pérez Duarte y N, Alicia Elena, Derecho de Familia, UNAM, México, 1990, 73 pp.
30. Pérez Duarte, Alicia, Derecho de Familia, FCE, México, 1996
31. Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, México, 1980, 717 pp.
32. Rambaud, Raymond, El drama humano de la Inseminación Artificial.
33. Legal Problem Solver, Reader's Digest, U.S.A, 1995, 640 pp.
34. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de derecho civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, 26ª ed. México, Porrúa, 1995, 503 pp.
35. Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, México
36. Sánchez Azcona, Jorge, Familia y Sociedad, Ed. Joaquín Mortiz, México, 1974, 98 pp.
37. Sánchez Medal, Ramon, Los Grandes Cambios del Derecho de Familia, 2ª ed. México, Porrúa, 1991, 142 pp.
38. Sánchez, Carlos Cuauhtémoc, Juventud en extasis, Ediciones Selectas Diamante, México, 1994 191 pp.
39. Satir, Virginia, Relaciones Humanas en el Núcleo Familiar
40. Soto Lamadrid, Miguel Angel, Biogenética, Filiación y Delito, Ed. Astrea, Buenos Aires, 574 pp. 1990
41. Zannoni Eduardo, A, Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo 2, 2ª ed. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1993, 898 pp.

REVISTAS

1. Coperías, Enrique, *Reproducción Asistida, otras formas de hacer bebés*, Muy Interesante, Especial de biotecnología
2. Chisleanchi, Rodolfo, *Ibidem*
3. Scientific American, May 1997
4. García Mendieta, Carmen, *Filiación Extracorpórea: Aspectos Legales*, Ciencia y Desarrollo, CONACYT

PERIODICOS

1. UNO MAS UNO. 27 de febrero de 1997 "Rechazo Papal a la clonización humana"

CODIGOS Y LEYES

1. Código Civil vigente para el Distrito Federal
2. Ley General de Salud
3. Reglamento en Materna de Investigación de la Ley General de Salud
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos