

82

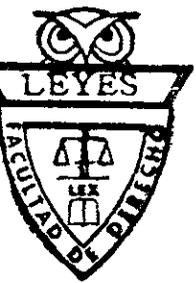


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"ANALISIS SISTEMATIZADO SOBRE LA FILIACION DE LOS HIJOS E HIJAS PRODUCTO DE LA REPRODUCCION HUMANA MEDIANTE PROCESOS NO NATURALES".

T E S I S QUE PARA OPTAR EL TITULO DE: LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA BARROSO LOPEZ REYNA NAYELI



ASESOR: LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA

MEXICO, D.F.

2001

299767



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

DIOS

*Gracias por permitirme terminar este humilde trabajo, por realizar uno de mis sueños más preciados y por poner a tantos buenos seres humanos en mi vida.*

A MI MADRE

DOÑA ELENA LÓPEZ CAMERO.

*Con este humilde trabajo quiero decirte que aún no sé como pagar tus desvelos, tus preocupaciones, trabajo y apoyo y cansancio. Soy una persona verdaderamente privilegiada por tenerte a mi lado y te aseguro que toda mi vida no será suficiente para agradecer tu bondad y cariño, te admiro y respeto más que a nadie. Gracias mamá.*

A MI PADRE

DON JOSÉ BARROSO FIGUEROA.

*Sólo me queda agradecerte por darme la vida y por la ayuda que me has brindado; siempre has sido una parte importante. Espero que esta sencilla tesis sea muestra de que en cada página he tratado de demostrar lo mucho que te quiero y admiro.*

A LALO YANAID

*La llegada de ustedes a mi vida ha hecho que el tiempo sea más llevadero, su apoyo incondicional levanta mi ánimo. Gracias por creer en mí.*

A GRACIELA

*Representas la hermana ideal con la que todo hermano menor sueña. Muchas gracias por tus palabras de aliento.*

A VALENTINA, JOSÉ OMAR Y FUGO LUIS

*Agradezco su cariño, los admiro y respeto.*

A JOSÉ WILFRIDO

*Este es un humilde trabajo para un gran hermano, gracias por tu bondad y fortaleza, siempre me motiva el observar tu valentía y endereza.*

*A LUIS ALFONSO †*

*La vida jamás hubiera sido tan maravillosa sin ti, gracias por ese apoyo y fe que siempre pusiste en mí. Este es uno de nuestros sueños, el primero en realizarse de muchos que compartimos.*

*A IRIS Y CAROLINA*

*Aprendan a luchar y persistir, espero que este trabajo sea un incentivo para ustedes.*

*A MIS ABUELOS*

*(FRANCISCA, DOLORES †, JOSÉ † Y MARCELINO)*

*Esta tesis es un trabajo modesto que les ofrezco.*

*A MIS TÍOS Y TÍAS*

*De todos he aprendido algo, me han ayudado a madurar, los quiero mucho y espero que este trabajo sea una satisfacción para ustedes.*

*A MI TÍA ANA MARÍA (MONICA)*

*Gracias por enseñarme a leer, por tu apoyo incondicional y por ayudarme a soñar.*

*A MI TÍO JESÚS*

*Con respeto y admiración te dedico este trabajo, gracias por ayudarme y creer en mí.*

*A MI TÍA LUPE*

*Cuando la vida es dura, una palabra tuya la ablanda. Gracias por todo.*

*A MIS PRIMOS Y PRIMAS*

*Todos han sido muy importantes y espero que esta sencilla tesis, a los pequeños, lo motive a no estancarse y a los grandes les agrade...*

*A DANIEL JONATHAN Y JORGE ALBERTO*

*Ustedes hicieron de mi infancia una etapa con bellos recuerdos; el criterio hoy expuesto ha salido de nuestros juegos e incluso de nuestras pequeñas riñas... Gracias a ustedes aprendí a competir, compartir y luchar por lo que quiero.*

*A MIS SOBRINOS*

*Continúen luchando*

*A MIS AMIGAS*

*A unas las conocí en la Preparatoria y a otras en la Universidad, pero de todas he recibido confianza, apoyo y han puesto su fe en mí, Gracias.*

*A MARÍA DE LOS ÁNGELES GIL SANCHEZ*

*Esta tesis en gran medida es posible gracias a ti, eres un gran ser humano y una excelente profesionista, gracias por tus sabios consejos y paciencia.*

*A MIS MAESTROS Y MAESTRAS*

*Únicamente puedo darles las gracias por sus enseñanzas, porque día a día he estado aprendiendo a ser mejor.*

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

## CAPÍTULO PRIMERO

LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ANTES Y DESPUÉS DE LAS REFORMAS PUBLICADAS EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 25 DE MAYO DEL 2000

I. PATERNIDAD, MATERNIDAD Y FILIACIÓN. RELACIÓN PATERNO-FILIAL.....	4
---	---

II. DIFERENTES ESPECIES DE HIJOS QUE CONSIDERA EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	12
--	----

1. HIJOS NACIDOS DE CÓNYUGES.....	15
-----------------------------------	----

A. A QUIENES SE CONSIDERA HIJOS DE CÓNYUGES.....	18
--	----

B. SUPUESTOS DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE CÓNYUGES.....	22
--	----

C. LA MATERNIDAD DE LA ESPOSA.....	31
------------------------------------	----

D. PATERNIDAD.....	45
--------------------	----

i) PRUEBA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE CÓNYUGES.....	49
---	----

ii) PRUEBA DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO.....	57
--	----

iii) PRUEBA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE LOS CÓNYUGES RECURRIENDO A MEDIOS DISTINTOS DE LOS ANTERIORMENTE MENCIONADOS.....	62
---	----

iv) LA FILIACIÓN DEL HIJO DE UNA MUJER CASADA QUE NO COHABITA CON SU MARIDO.....	69
--	----

2. HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.....	75
---	----

A. HIJOS NACIDOS DE PERSONAS QUE NO ESTAN CASADAS. QUIÉNES TIENEN ESE CARÁCTER.....	79
---	----

B. EL PROBLEMA RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE HIJOS DE PADRES QUE NO ESTAN CASADOS. RAZONES POR LAS CUALES SE OFRECE UN DIFERENTE TRATO AL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE HIJOS DE PADRES QUE NO ESTÁN CASADOS, CUANDO SE TRATA DE LA MADRE Y CUANDO ES EL CASO DEL PADRE.....	81
--	----

C.	ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN SOBRE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO ESTÁN CASADOS, EN CUANTO A LA MADRE. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y EL DERIVADO DE JUICIO SOBRE LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD.....	85
D.	ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE HIJOS NACIDOS DE PERSONAS NO CASADAS EN CUANTO AL PADRE.....	102
a)	EL RECONOCIMIENTO.....	102
i)	FORMAS DEL RECONOCIMIENTO.....	114
ii)	IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO.....	114
iii)	EFFECTOS DEL RECONOCIMIENTO.....	119
b)	LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	121
i)	SISTEMA SEGUIDO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL DERECHO MEXICANO.....	121
ii)	PERSONAS LEGITIMADAS Y TIEMPO EN QUE SE DEBE PROCEDER A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	140
3.	HIJOS LEGITIMADOS.....	141
4.	ADOPCIÓN.....	142
A.	ADOPCIÓN SIMPLE.....	142
B.	ADOPCIÓN PLENA.....	142
C.	ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....	157

## CAPITULO SEGUNDO

### LA REPRODUCCION HUMANA MEDIANTE PROCESO NO NATURAL

I.	INTRODUCCIÓN.....	161
II.	ESTUDIO CONTRASTADO ENTRE LA INSEMINACIÓN Y LA FECUNDACIÓN ARTIFICIALES.....	162
1.	LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	162
A.	CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POR QUÉ SE RECURRE A ELLA.....	162
B.	DIFERENTES ESPECIES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	166

a) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	166
i) QUÉ ES LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA .....	166
ii) SUPUESTOS QUE SE MENCIONAN COMO JUSTIFICANTE DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	169
iii) REQUISITOS QUE SE PUEDEN EXIGIR PARA LA PRÁCTICA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	170
iv) LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA, A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.....	180
v) LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEN.....	188
b) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	202
i) QUÉ ES LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	202
ii) DIFERENTES HIPÓTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	202
- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MUJER CASADA.....	202
- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CONCUBINA.....	217
- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MUJER SOLTERA.....	222
2. FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.....	231
A. DIFERENCIA ENTRE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.....	231
B. QUÉ ES LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL LLAMADA TAMBIÉN EXTRACORPÓREA.....	232
C. DIFERENTES CLASES DE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA.....	234
a) FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	234
i) EN QUE CONSISTE LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	234
ii) CASOS EN QUE SUELE RECURRIRSE A LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	234
iii) LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA, TOMANDO EN CUENTA LA LEGISLACIÓN VIGENTE.....	235
b) FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	239
j) A QUE LLAMAMOS FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	239
ii) DIVERSAS HIPÓTESIS SUSCEPTIBLES DE PRESENTARSE EN LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	240
- FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CONCUBINA.....	240
- FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MUJER SOLTERA.....	242

iii) REQUISITOS EXIGIBLES PARA EFECTUAR LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	242
iv) LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO MEDIANTE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.....	244
D. NUEVOS MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.....	247
a) LA TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS (GIFT).....	247
b) LA TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE EMBRIONES (TET) .....	248

## CAPÍTULO TERCERO

### ARRENDAMIENTO DE VIENTRE, MATERNIDAD SUBROGADA Y CLONACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	250
II. ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y LA MATERNIDAD SUBROGADA. CRÍTICA A LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA.....	250
III. ¿ EL LLAMADO ARRENDAMIENTO DE VIENTRE ES EFECTIVAMENTE UN ARRENDAMIENTO?.....	252
1. BREVE ESTUDIO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	252
A. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	252
a) EL OBJETO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	253
b) EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	261
B. ELEMENTOS DE VÁLIDEZ DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	263
a) LA CAPACIDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	263
b) LA AUSENCIA DE VICIOS DE VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	268
c) LA LICITUD EN EL OBJETO O MOTIVO O FIN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	275
d) LA FORMA REQUERIDA PARA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	276
2. ¿CABE LA FIGURA DEL LLAMADO "ARRENDAMIENTO DE VIENTRE" EN EL ESQUEMA PROPIO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO?.....	280

IV. ¿CORRESPONDE EL "ARRENDAMIENTO DE VIENTRE AL CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?.....	290
1. BREVE ESTUDIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	290
A. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	291
a) EL OBJETO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	295
b) EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	298
B. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	299
a) LA CAPACIDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	299
b) LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	301
c) LA LICITUD EN EL OBJETO O MOTIVO O FIN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	302
d) LA FORMA REQUERIDA PARA EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	303
2. ¿PODRÍA ENCUADRARSE EL "ARRENDAMIENTO DE VIENTRE" DENTRO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?.....	304
V. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO POR EL CUAL SE CONVIENE LA TRANSMISIÓN DE UN ÓVULO, YA SEA A TÍTULO GRATUITO O A TÍTULO ONEROSO.....	312
1. QUÉ ES BIOLÓGICAMENTE UN ÓVULO.....	312
2. CÓMO DEBE CONSIDERARSE AL ÓVULO .....	313
A. ¿DEBE CONCEPTUARSE AL ÓVULO COMO UNA PARTE DEL CUERPO DE LA MUJER ASISTENTE?.....	313
B. ¿DEBE CONCEPTUARSE AL ÓVULO COMO UN NUEVO INDIVIDUO EN SU ETAPA INICIAL?.....	313
3. ¿PUEDE UN ÓVULO, DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE, SER OBJETO INDIRECTO DE UN CONTRATO DE DONACIÓN O COMPRAVENTA?.....	315
VI. LA CLONACIÓN.....	325
1. EN QUE CONSISTE LA CLONACIÓN.....	325

2. ESTADO ACTUAL EN QUE SE ENCUENTRA LA POSIBILIDAD DE REPRODUCCIÓN DE HUMANOS MEDIANTE CLONACIÓN.....	328
3. JUICIO CRÍTICO ACERCA DE LA CONVENIENCIA DEL EMPLEO DE LA CLONACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA.....	329

## CAPÍTULO CUARTO

### LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO NATURAL Y SUS IMPLICACIONES LEGALES PROPUESTAS DE LA SUSTENTANTE

I. LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO NATURAL EN MÉXICO.....	340
1. ¿DEBE HACERSE LA REGULACIÓN DE LOS FENÓMENOS VINCULADOS CON LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO NATURAL EN LOS CÓDIGOS CIVILES?.....	340
2. CONCEPTOS BÁSICOS QUE A JUICIO DE LA SUSTENTANTE DEBERÁN TOMARSE EN CUENTA PARA REGULAR LA REPRODUCCIÓN HUMANA FUERA DE PROCESO NATURAL.....	344
3. LA FILIACIÓN SÓLO PUEDE RESULTAR DE LO PREVISTO EN LA LEY. LA VOLUNTAD COMO FUENTE DE LA FILIACIÓN.....	352
A. INCIDENCIA DE LA PROCREACIÓN NO NATURAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	354
B. INFLUENCIA DE LA PROCREACIÓN FUERA DEL PROCESO NATURAL EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	369
C. HIPÓTESIS A LAS QUE DEBERÁN RESTRIGIRSE EL USO DE LOS MEDIOS NO NATURALES DE REPRODUCCIÓN HUMANA.....	375
D. PROHIBICIÓN DEL EMPLEO DE LA CLONACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA.....	378
E. PROHIBICIÓN DEL EMPLEO DE LAS CELULAS GERMINALES PROCEDENTES DE UN O UNA FALLECIDA PARA EFECTUAR LA INSEMINACIÓN O FECUNDACIÓN ARTIFICIALES.....	384
F. PROPUESTA DE NORMATIVIDAD BÁSICA SOBRE LA INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL MARITAL Y DE CONCUBINATO.....	387
G. PROPUESTA DE REGULACIÓN PARA LA MATERNIDAD ASISTIDA O ACEPTADA Y LA SUBROGADA.....	407
H. PROPUESTA DE CREACIÓN DEL SISTEMA DE REGISTRO NACIONAL.....	411

CONCLUSIONES.....	416
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	418
-------------------	-----

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis es crear curiosidad sobre la regulación de la filiación, generada por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el Distrito Federal; precisamente para que sea modificada, pues la reforma del 25 de mayo del 2000 no fue suficiente. Necesitamos una propuesta de fondo, cuyo fin sea subsanar las deficiencias de la ley.

Los experimentos en la llamada biogenética no son nuevos. Primero se llevaron a cabo en vegetales y los descubrimientos han dado lugar a querer experimentar en animales.

Muchos son los problemas que tiene el hombre, pero uno de los más preocupantes es la imposibilidad de reproducirse, es decir la esterilidad. Es así como los científicos han avanzado, al intentar combatir este mal y esto ha conducido al encuentro de nuevas formas de reproducción. Emergen de la ciencia palabras que aún causan admiración y exclamación, unas veces de regocijo y otras de preocupación. Hoy en día es común escuchar inseminación artificial, fecundación artificial, maternidad asistida (arrendamiento de vientre), maternidad subrogada, clonación, etc. Estas palabras forman parte de nuestro léxico y representan un reto para todas las naciones.

En julio de 1978 se tuvo noticia del primer nacimiento de una "niña de probeta", gracias a los dos científicos Steptoe y Edwards, ginecólogo y biólogo respectivamente, nació la niña Louise Brown. La fecundación del óvulo se llevó a cabo fuera del cuerpo de la mujer, a esto se le llama fecundación in vitro.

Sin embargo la fecundación artificial no fue la última técnica de reproducción artificial que se inventó, a raíz de esta técnica se logró descubrir otra de igual envergadura, la maternidad subrogada y la maternidad asistida. En 1983, en Francia una mujer fue inseminada con espermatozoides del marido de su hermana gemela, una vez que gestó el hijo y lo dio a luz, lo entregó a la hermana estéril.

Todas estas técnicas de reproducción asistida han presentado más complicaciones por las combinaciones que pueden hacerse, es decir, están las clasificaciones de la inseminación y fecundación artificiales. Así encontramos la inseminación artificial homóloga y heteróloga; y la

fecundación, también homóloga y heteróloga. De cada una de estas formas de reproducción no natural, se crean diferentes vínculos entre aquéllos que pretenden ser padres y los hijos, así como los terceros que intervienen transmitiendo óvulos o espermatozoides.

La última forma de reproducción no natural, la cual causó un gran alboroto, es la clonación. Decimos última, no porque sea nueva, sino porque a fines de 1996, aconteció el nacimiento de un mamífero engendrado por clonación, se trató de una oveja cuyo nombre es Dolly. No es el nacimiento de un ser humano, pero sí el preámbulo, pues con este acontecimiento se abre la puerta a la posible realización de la clonación en seres humanos. Quizá esta técnica de reproducción artificial es la más impresionante, pues no requiere de un hombre y una mujer o de un macho y una hembra para procrear.

Estas son las técnicas de reproducción asistida más comunes y en la aparición de cada una de ellas ha habido gran polémica. Los países habían dejado al margen los problemas suscitados, no se preocupaban por legislar al respecto. Sin embargo no pudieron mantener los ojos cerrados, pues en cada lugar donde se aplicaban estos medios de reproducción no natural, surgían confusiones que sólo la ley puede solucionar. Debemos mencionar que han surgido convenciones para dar una respuesta para satisfacer las dudas surgidas, pero por desgracia no todos los países pertenecen a ellas y no hay la obligación de atenderlas.

Una de las legislaciones que ha servido de ejemplo a los países de Latinoamérica, por manejar el idioma español, es la surgida en 1988, la "Ley de reproducción asistida" de España. En esta se trató de regular las formas de reproducción asistida analizando distintos aspectos, como la filiación y la valoración de elementos esenciales a considerar, pudiéndose vincular a las personas que hacen uso de las técnicas de reproducción no natural con los hijos o hijas.

En 1997, por primera vez en la historia de México se establece la posibilidad de elegir al jefe de gobierno del Distrito Federal. La novedad no solamente estuvo en la reforma a la Constitución que se hacía realidad, sino además en el ascenso a la jefatura de gobierno de un candidato de oposición, del Partido Revolucionario Democrático (PRD). Con este cambio llegaron otros más. Nuestro Código Civil a pesar de los descubrimientos, no incluyó en su redacción soluciones a este tipo de problemas hasta el 25 de mayo del 2000. Esta fecha se convierte en un parteaguas de nuestro derecho familiar, pues en el título I del Código Civil se introducen varias reformas. Entre ellas, el lograr un trato igualitario a los hijos, el

establecimiento de una sola forma de adopción, el consentimiento como fuente de la filiación de los hijos e hijas producto de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo esta reforma trajo varias deficiencias, pues se estableció la misma regulación para los hijos e hijas de matrimonio y los nacidos fuera del vínculo conyugal y los que son producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; no se individualizaron las técnicas de reproducción no natural; tampoco se establecieron reglas cuando se tratará de las personas que transmiten células germinales (espermatozoides u óvulos), su consentimiento, los efectos, el anonimato y la ausencia del parentesco; se ignoró lo que tendría que observarse cuando el donador de los óvulos o espermatozoides muriera; lo que podría pasar con el consentimiento de los padres jurídicos, etc. Ante esta situación, nuestro planteamiento estribará en el estudio de cada una de las siguientes técnicas de reproducción asistida: Inseminación artificial (homóloga y heteróloga), la fecundación artificial (homóloga y heteróloga), la maternidad asistida (arrendamiento de vientre), la maternidad subrogada y la clonación. Elegimos éstas porque son las más comunes y de alguna manera han despertado severos debates. Con la presente tesis pretendemos dar los lineamientos básicos para una futura regulación.

Observando algunos conflictos que pudieran surgir al aplicar las reformas del 25 de mayo del 2000 del Código Civil; pero además, en el último capítulo trataremos de hacer una propuesta, la cual no es muy completa, pues como trabajo de principiante tiene sus deficiencias, sin embargo trata de dar respuesta sobre algunas cuestiones que tiene nuestra Legislación Civil vigente y que a lo largo del presente trabajo iremos poniendo de manifiesto.

No debemos continuar cerrando los ojos a la realidad, ignorando a los seres inocentes que sufren a causa de las lagunas de la ley; y la mejor solución es previniendo estos problemas y sólo se logrará reformando la regulación jurídica vigente que hay sobre la filiación que resulta de la reproducción humana mediante proceso no natural.

## CAPITULO I

### **LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ANTES Y DESPUÉS DE LAS REFORMAS PUBLICADAS EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EL 25 DE MAYO DEL 2000**

#### **I. PATERNIDAD, MATERNIDAD Y FILIACIÓN. RELACIÓN PATERNO-FILIAL.**

Empezaremos por los conceptos de paternidad, maternidad y filiación, para posteriormente hacer algunos apuntes sobre la relación paterno filial.

Aunque está señalada en primer lugar la paternidad comenzaremos con la maternidad, ya que muchos autores coinciden en que de la maternidad se puede desprender la paternidad; así pues, si conocemos quién es la madre será más fácil determinar quién es el padre. La maternidad, por lo ya señalado toma gran importancia, porque la maternidad sólo la tiene la "madre del producto"; para entender mejor lo apuntado necesitamos manejar un concepto, que nos diga qué debemos entender por "maternidad"; para ello queremos tomar el concepto dado por Montero Duhalt quien considera a la maternidad como la : "Relación jurídica entre la madre y su hijo (a)"<sup>1</sup>. Tomamos esta definición porque como se puede apreciar es clara y sencilla y al menos servirá para el presente trabajo.

Ya teniendo el concepto de lo que es la maternidad ahora debemos dar una segunda definición, también muy importante, la de la Paternidad. El maestro Rafael de Pina considera a la paternidad como la: "relación jurídica existente entre los padres y sus hijos"<sup>2</sup>, como puede notarse este concepto tampoco es complejo además es similar al ya expresado. La maternidad y la paternidad encierran un vínculo jurídico entre los progenitores con sus descendientes en primer grado, cuyo resultado es realmente relevante porque genera derechos y obligaciones entre ellos, trayendo a la vida jurídica

---

<sup>1</sup> MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, 1ª edición. México. 1984. Pág. 265.

<sup>2</sup> DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho. editorial Porrúa. 1ª edición. México. 1965. Pág.221.

grandes consecuencias desde el nacimiento hasta la muerte de cualquier ser humano.

Como último precepto está la filiación, la cual resulta ser la liga entre los padres y los hijos, es considerada por el maestro Rafael de Pina como la: "Relación existente entre la prole y sus progenitores"<sup>3</sup>. *La reforma al Código Civil, publicada el 25 de mayo del 2000*, la define en el artículo 338 como: "... la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia...". De tal manera que aquello que nos introduce al mundo de las obligaciones y los derechos es precisamente la filiación, porque una vez que hay filiación entonces podemos hablar de "Padre, Madre e Hijos" y con ello de todas las consecuencias jurídicas que genera dicha relación.

Antes de continuar debemos hacer mención de que la filiación es apreciada por autores como Marcel Planiol, Rojina Villegas, Montero Dohalt, entre otros, desde dos connotaciones una en sentido amplio y otra en sentido estricto; así se considera a la filiación en un sentido amplio "comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de Grado"<sup>4</sup>; entonces la filiación no sólo se refiere al vínculo jurídico generado entre el padre o la madre y sus hijos, sino que abarca a los ascendientes y descendientes de estos. Marcel Planiol al respecto señala que la filiación, entendida como el vínculo jurídico, abarca: "toda serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que este sea"<sup>5</sup>; con esto podemos entender cuan amplia es la filiación, pudiendo unir a una persona determinada con otra por muy lejana que esta sea; la filiación en sentido restringido debemos comprenderla como: "la relación de Derecho que existe entre el progenitor y el hijo"<sup>6</sup>, sobre este punto la maestra Montero Dohalt considera que la filiación en este sentido se puede subdividir en paternidad y maternidad, así pues la filiación en sentido estricto puede entenderse como: la "Paternidad que es el vínculo jurídico que surge entre el padre y sus hijos y la Maternidad que es el vínculo que surge entre la madre y sus hijos"<sup>7</sup>. Entonces podemos notar que la filiación en sentido estricto, se comprende atendiendo la relación jurídica individual de

<sup>3</sup>DE PINA, Rafael. Ob. Cit. Pág. 139.

<sup>4</sup>ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo Segundo Derecho de familia. Volumen II. Editorial Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos. México. 1962. Pág.265.

<sup>5</sup> PLANIOL Marcel. " Tratado Elemental de Derecho Civil". Tomo IV (Divorcio, filiación, incapacidades). Editorial José M. Cajica, Jr. 1946. Pág. 110.

<sup>6</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit., Pág.265.

<sup>7</sup> MONTERO DOHALT, Sara. Ob. Cit. Pág. 265.

cualquiera de los padres y en este sentido se crearan diversos Derechos y obligaciones respecto a ese padre o madre y su descendencia.

## RELACION PATERNO FILIAL

La relación paterno-filial será justamente aquel vínculo creado entre el padre o la madre y sus hijos, y por virtud de ese vínculo se crean derechos y obligaciones recíprocos. ¿Por qué señalamos esto? Pues bien, ya entendimos a la filiación en sentido estricto, pero la pregunta inmediata sería y ¿qué importancia tiene la filiación?. Ya sabemos sobre la creación de un parentesco, pero ¿qué consecuencias conlleva?. La filiación toma gran importancia, porque como ya se señaló en sentido estricto se crea una relación jurídica del padre o la madre y sus hijos, la cual consistirá en generar un parentesco, pero dicho parentesco traerá consecuencias de índole no sólo afectivo, sino también económico y otros efectos; podría decirse que al parecer no tiene mucha importancia cuando sólo se le considera como el hecho creador de lazos sentimentales, pero cuando el parentesco reviste un carácter económico crea gran alboroto. Es cierto que se crea un lazo de parentesco pero es necesario recordar que ese lazo conlleva derechos y obligaciones, las cuales jurídicamente se otorgan cuando se determina ese lazo, pues de aquí nacen las obligaciones y los derechos recíprocos, por ejemplo cuando se es menor de edad nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 308 apunta que el concepto de alimentos comprende: vestido, casa, comida, asistencia médica y gastos para su educación con la finalidad de proporcionar un arte oficio o profesión; tratándose de personas con discapacidad o declarados en estado de interdicción, que se incluyen con la reforma, los alimentos deberán ser suficientes para su habilitación o rehabilitación y su desarrollo. Pero la obligación de dar alimentos no es exclusiva de los padres, porque como ya se mencionó, no sólo son obligaciones, sino también derechos los generados, son recíprocos, y así como es obligación del padre o madre el dar alimentos al menor, se vuelve un derecho para la madre o el padre recibirlos cuando el hijo los puede proveer y la madre o el padre los necesitan; de esta manera encontramos que la filiación genera obligación y derecho y se torna muy importante por el carácter pecuniario que contiene. Posiblemente nos escuchemos un tanto superficiales, pero resulta necesario efectuar estas observaciones, pues es la realidad en que vivimos y porque por estos detalles se desatan terribles guerras en los juzgados

Otra consecuencia de carácter patrimonial que podemos encontrar es la sucesión; aquí tanto el padre o madre así como el hijo tienen derecho a heredar de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil para el Distrito

Federal; hay una prelación. Tratándose de una sucesión legítima<sup>8</sup> (donde los hijos poseen el primer lugar y los padres el tercero) y una vez cumplidos los requisitos establecidos en la ley, tanto los padres como los hijos poseen este derecho de poder heredar. De esta manera en la sucesión legítima por virtud del parentesco surgido de la filiación, se tiene siempre el derecho de heredar. No así tratándose de la sucesión testamentaria en la cual se está a la libre voluntad del testador; hay que recordar que el Código Civil vigente se rige por el principio de la libre testamentifacción, lo cual concede al testador la posibilidad de determinar quién le ha de suceder; aquél sólo se registrará por la simpatía, el aprecio, afecto o cariño que le tenga a la persona o personas, de tal modo que aquí no hay obligación de parte del testador de repartir su herencia entre su familia; esto lo decidirá libremente e propio testador, por esto el vínculo jurídico, es decir la filiación, no posee influencia alguna, aunque en otros aspectos crea obligaciones y derechos; en esta sucesión parecería que no crea nada. Sin embargo no es así, pues cuando se trata de un menor de edad o un incapaz respecto de los cuales tenga la obligación de dar alimentos (incluyendo a los descendientes), si el testador no los toma en cuenta en su testamento se puede declarar la inoficiosidad del mismo, porque el propio Código Civil del Distrito Federal determina: "El testador debe dejar alimentos a estas personas..."(art. 1368).

Se señaló que también se producen otros efectos por la filiación, tal es el caso de poder tener el apellido de los que se consideran padres del hijo; hay varias hipótesis propuestas por nuestro Código para hacer realidad este efecto:

---

<sup>8</sup> Manejamos la sucesión legítima porque como sabemos en la sucesión legítima no hay testamento o habiéndolo éste es nulo o perdió su validez; o bien porque no se dispuso de todos los bienes, o también por no satisfacer el heredero la condición impuesta por el testador, o porque el heredero haya muerto antes que el testador o se haya repudiado la herencia o se es incapaz de heredar en caso de no haber nombrado sustituto, tal como nos indica el art. 1602 del Código Civil para el Distrito Federal de esta forma si se presentara alguna de las hipótesis señaladas por nuestro código tiene derecho a heredar los señalados en el art. 1602 que a la letra dice:

"Tiene derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635, y
- II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

De esta manera se genera el derecho de heredar siempre que estemos ante esta figura, claro que el Código Civil para el Distrito Federal establece que los parientes más próximos excluyen a los más remotos, sin embargo los descendientes como ya se mencionó ocupan en la prelación el primer lugar y los ascendientes pueden concurrir con los descendientes del testador, pensemos en el abuelo que concurre con sus nietos, aunque los ascendientes solo tendrán derecho a alimentos que en ningún caso excederá a la porción de uno de los hijos (art. 1611) o heredar solo los ascendientes y cónyuge. Sin embargo en la sucesión testamentaria no sucede de esta forma, ya que estará a voluntad del testador.

- Se tiene la obligación de asentar los nombres y apellidos, la nacionalidad y domicilio de los padres, los nombres y domicilio de los abuelos y de las personas quienes hubieren hecho la presentación (art. 59). Así mismo contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, la razón de si se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del presentado (art. 58)
- En caso de ser hijo de padres desconocidos el juez del Registro Civil deberá, además de señalar la edad aparente del niño, su sexo, ponerle el nombre y apellidos, y el nombre de la persona o casa de expósitos que se encargue de él haciéndose constar esta circunstancia en al acta de nacimiento (art. 67). Es un gesto de buenos sentimientos del legislador, pues trata evitar existan las distinciones que antes se hacían, como el aparecer en el acta de nacimiento las leyendas de “hijo natural”, “hijo incestuoso”, “hijo adulterino”, “hijo sacrilego”, “hijo máncer”; con estas diferenciaciones lo único que se lograba era que durante toda la vida se arrastraran distinciones y discriminaciones por parte de la sociedad, siendo que los hijos no tenían culpa alguna de su origen y sin embargo eran los más afectados. Aunque nuestro Código Civil, *antes de la reforma del 25 de mayo del 2000*, hablaba de “hijo incestuoso” o “adulterino”, no se asentaba como tal en el acta de nacimiento (art.64), la razón era que se trataba de situaciones tan complicadas por el mismo problema creando la necesidad de distinguirlos, no para menospreciar al producto de la concepción sino para evitar mayores problemas, por ejemplo en ambos casos aunque fuera reconocido el hijo los padres no podían contraer matrimonio, de tal manera que no podía ser legitimado pero no carecería de padres; en el caso de los hijos quienes eran producto de un adulterio, si el padre era casado podía de todos modos reconocerlo, pero si la madre era casada y vivía con su marido no podía hacerlo a menos que el marido hubiera desconocido a ese hijo, esto se explicaba, porque como se ha dicho nuestro código consideraba que el padre era el esposo de la madre y si ya se sabía que no era su hijo y lo desconocía no tendría ninguna obligación para con el niño, pero en caso contrario sería terrible porque siendo víctima del engaño por parte de aquélla a quien consideraba fiel y se había dado cuenta que no era así, sería, además de todo, injusto tener para con el producto las obligaciones del vínculo de la filiación; pero además no debemos olvidar que el objetivo era proteger al niño y si lo obligáramos a reconocer al niño y

a generar las obligaciones propias de la filiación correríamos el riesgo de que faltase a esas obligaciones sufriendo así el niño.

- O que sólo presentando el hijo por una sola persona como la madre, y que no haya contraído matrimonio con el padre, para asentar el nombre de éste es necesario que él mismo concorra personalmente o por conducto de su representante o su apoderado (art. 60), pero si no lo solicita aparecerán sólo los apellidos de la madre; antes se establecía que si era presentado por uno de los padres solo tenía un apellido y nuevamente nos encontrábamos ante el problema de la distinción social y el relegamiento por las circunstancias familiares del hijo.

Otra de las consecuencias es el ejercicio de la Patria Potestad y las obligaciones que esta conlleva, entendiendo por patria potestad “El conjunto de facultades- que suponen también deberes- conferidas a quienes la ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”.<sup>9</sup> También tienen la obligación de “educarlo convenientemente”, tal como apunta el art. 422 del Código Civil para el Distrito Federal, pero a su vez pueden convivir con los hijos, vigilarlos (art. 418 del Código Civil) corregirlos aunque esta facultad “no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica...” (art. 423).

La relación paterno –filial es realmente un problema, porque como hemos podido apreciar, se generan varias consecuencias de carácter económico y también de formación personal respecto al menor, pero surgen más dificultades cuando tratamos de determinar el vínculo que se ha generado entre el padre y sus hijos o la madre y sus hijos; se ha venido mencionando que se da entre padre e hijos, pero el mayor problema consiste en determinar quién es padre o madre y quién es o son hijos, durante años ha sido preocupante para todos determinar si son padres o madres de tal o cual hijo y viceversa.

Establecimos lo que es maternidad y paternidad, ahora comentaremos algunos aspectos de estos conceptos. La paternidad o la maternidad se generan por dos hechos, el consanguíneo y el civil; el primero se da por el nacimiento de un ser y el segundo por la vía de la adopción, pero para generar efectos jurídicos forzosamente deben ser del conocimiento del

<sup>9</sup> DE PINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 222.

Derecho y poder determinar quienes han intervenido y por tanto son padre o madre o hijo, de tal manera que aunque el nacimiento es un hecho natural; para ser reconocido y en la vida jurídica puedan producirse los derechos y obligaciones es necesario que el Derecho los conozca y así pueda darles un valor, el valor jurídico tal como el autor Antonio Cicu lo apunta: "Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación".<sup>10</sup>

La maternidad es manejada en primer lugar porque una vez que la maternidad es conocida entonces podemos ya tratar la cuestión de la paternidad. La mayoría de los autores han considerado a la maternidad como: la "única susceptible de probarse directamente", pues puede hacerse por un hecho, como lo es el parto. Durante siglos se ha considerado que la 'madre siempre es cierta' y que sólo podría dudarse de esto cuando el parto se haya dado sin testigos y el hijo sea abandonado,<sup>11</sup> de tal modo que la madre es la única de quien se podría tener certeza de que es auténtica<sup>12</sup>. Hasta antes del 25 de mayo del 2000 nuestra legislación lo había aceptando y por lo menos, considerado como cierto este principio e incluso se tomaban como elementos de filiación materna, el parto, la fecha del mismo, la identidad del hijo y la edad del reclamante para poder reconocerlo como hijo; como se puede apreciar la base era el parto, toda vez que se consideraba susceptible de prueba directa. Se pensaba que el simple hecho biológico de procrear y el nacimiento daban como consecuencia una filiación directa. A partir del 25 de mayo del 2000 la percepción de la maternidad cambió, pues los legisladores valoraron los adelantos biogenéticos y tecnológicos, y no pudiendo considerar que "la madre siempre es cierta", establecieron como punto de partida que: "la madre no siempre es cierta"; al grado que eliminaron del Código Civil vigente, que la filiación, respecto a la madre se daba por el sólo hecho del nacimiento, creándose ahora también, por el reconocimiento.

La paternidad en cambio ha sido considerada por los autores como un acto de fe, se percibe como: "...el más absoluto de los misterios"<sup>13</sup>, del cual, sólo la madre podría decir quien es el padre y aquél quien sea señalado

<sup>10</sup> CICU Antonio. "La filiación". Librería General de Victoriano Suárez.. Madrid. 1930. Pág 16.

<sup>11</sup> MONTERO DUHALT. Ob cit. pág. 226

<sup>12</sup> El Autor Marcel PLANIOL. Ob. Cit. Pág. 184 señaló que en la antigua jurisprudencia que se aplicaba regía la regla romana de que "Semper certa est (mater), etiam si vulgo conceperit", esta regla aparecía en Paulo, Digesto, libro II, tit. IV fr.5.

<sup>13</sup> FLORES BARROETA, Benjamín. "Lecciones de primer curso de derecho civil". Universidad Iberoamericana. México, D.F. 1965. Pág. 406

como tal deberá aceptarlo como verdad absoluta, hay un adagio popular que hace referencia a este punto. "Los hijos de mi hija mis nietos son, los hijos de mi hijo quién sabe de quién son". La verdad es que desde un principio a la paternidad se le concibe con dos elementos de esencia: 'la dificultad y la incertidumbre', tal como puede desprenderse de la aseveración hecha por el autor Josserand: "A diferencia del nacimiento, la concepción es un hecho oscuro cuya localización y tiempo presenta las mayores dificultades; mientras que la maternidad, consagrada por el parto, aparece evidentemente, la paternidad está rodeada de misterio; no lleva consigo prueba directa, ni en su realidad, ni en el momento que se ha manifestado de suerte que el legislador se ve en la imposibilidad en que se encontraba de tener una prueba directa y cierta, ha tenido que contentarse con probabilidades, que recurrir a una estratagema de presunciones..."<sup>14</sup>. Se había venido pensando que sólo la maternidad era completamente cierta, mientras que "la paternidad sólo era una probabilidad", misma que no es susceptible de prueba directa y en la que sólo nos podemos conformar con presunciones que no crean certidumbre"<sup>15</sup>, pero que aceptamos como ciertas, como un acto de fe. Por la dificultad que durante todos los tiempos ha presentado determinar la paternidad, sobre todo si pensamos en lugares y épocas donde se haya aceptado y practicado la promiscuidad, resulta aún más complicado determinar un padre cierto, por ello la ciencia y el derecho han actuado a la par, para crear un mecanismo de respuesta a estas necesidades, logrando crear pruebas que sean más precisas o acertadas para generar una mayor certidumbre; cabe mencionar que aún el hecho de establecer una serie de presunciones por legislador, como lo veremos más adelante, tienen una explicación basada en actos de buena fe como lo es la fidelidad. Hoy en día contamos con pruebas como la del ADN (Ácido Desoxirribonucleico), prueba que analizaremos más adelante, pero debemos agregar que prácticamente toda la información hereditaria se encuentra codificada en el ADN; esta prueba ha sido considerada con una probabilidad de un 99.99999 % y en juicio es aceptada como auténtica e idónea tal como lo muestra una Tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito:

**"PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN.**

Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre

<sup>14</sup> JOSSERAND. "Derecho civil". Tomo I. Volumen 2°. Editorial Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pág. 213.

<sup>15</sup> PLANIOL, Marcel. Ob. Cit. Pág. 116.

correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad."

Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo VIII, Julio de 1998. Tesis II.º C.99C. Pág. 381.

En esta Tesis podemos apreciar que la prueba de ADN, es decir, la Pericial en Genética es considerada como "la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad"; de aquí se desprende el peso probatorio contenido por esta pericial y su importancia en el mundo jurídico; porque esta prueba ayudará a determinar si podemos o no considerar a una persona como el posible padre de aquella quien lo señala como tal. Por lo anteriormente estudiado, entendemos entonces que gracias a los avances tecnológicos y genéticos, los cuales el Derecho ha considerado e introducido al mundo jurídico, han servido para crear una mayor convicción respecto a problemas de filiación, sobre todo la paterna. Sin embargo, como hemos venido observando, sigue siendo un misterio por no tener pruebas directas que sirvan para comprobarlo sin que exista posibilidad de duda.

## **II. DIFERENTES ESPECIES DE HIJOS QUE CONSIDERA EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Los hijos antiguamente habían sido clasificados de diferentes maneras; esas clasificaciones únicamente servían para degradar al producto de una concepción, pues la calificación que se les daba sólo implicaba crear diferencias que resultaban ofensivas para el producto, pues sin ser los hijos quienes escogieran las circunstancias de su nacimiento, la situación jurídica (v.g. el estado civil) de sus padres, resultaban afectados y eran, los que para

su desgracia, debían llevar la carga de los actos generados por sus padres, mismos de los cuales resultaban ser los más inocentes.

Las clasificaciones de los hijos se realizaban basándose en prejuicios y estratificaciones. Por ejemplo, basta con recordar el antiguo Derecho Español (mismo que nos llega con la conquista). En el citado Derecho se hacía la distinción entre los hijos naturales y no naturales; los primeros eran aquéllos cuyos padres, al momento de la concepción o el nacimiento, no tenían impedimento legal para contraer matrimonio, y los no naturales eran el producto de padres que no tenían, al momento de su concepción o nacimiento, la situación legal de los primeros<sup>16</sup>. Por ello entendemos que el menor no importaba, no obstante que era el principal afectado, por ser producto de la concepción. Debemos recordar que cuando los españoles llegan al continente Americano una de las cosas que hacen es la de tomar a las mujeres que había en nuestro continente y tener relaciones sexuales con ellas sea con su voluntad o en contra de ella; de esta manera se va creando la clase mestiza, de tal modo que además de ser el producto de una violación debería soportar un calificativo el cual resultaba degradante para una persona y que donde quiera que tuviera que presentar su constancia (fe bautismal) de nacimiento sería objeto de relegación. No siendo suficiente el calificativo de HIJOS NATURALES O ESPURIOS (que era el nombre genérico que recibían) se les subclasificó, lo que hizo que las denominaciones, aparte de ofensivas, fueran más degradantes:

Así encontramos a los hijos incestuosos, quienes eran el producto de las relaciones entre parientes consanguíneos próximos; pero si se trataba de relaciones entre ascendientes y descendientes o hermanos el calificativo era de hijos nefarios; en cuanto a los hijos adúlterinos, se trataba de aquéllos cuyos padres estaban unidos en matrimonio con otra persona; los hijos sacrílegos, eran los procreados por persona que hubiese hecho voto solemne de castidad o recibido orden sagrada; los hijos mánceres, en el caso de tener madre prostituta<sup>17</sup>. Podemos imaginar el objeto de rechazo del cual eran víctimas, pues la sola constancia de nacimiento no sólo evidenciaba su procedencia, sino que los descalificaba en cuanto a valía social, y además creaba un lastre que durante toda su vida deberían llevar consigo, el cual podría resultar tan pesado, que no les permitiera gozar o tener la oportunidad de ascender socialmente o incluso podía ser la mayor barrera para contraer matrimonio con la mujer que su corazón hubiera escogido.

---

<sup>16</sup> CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. "Curso elemental de derecho civil español". Tomo Sexto, Derecho de Familia. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1920. Pág. 358.

<sup>17</sup> Ibid. Pág.380.

Afortunadamente los tiempos no son los mismos y el Derecho Familiar ha evolucionado e incluso se ha tratado de no hacer distinciones en cuanto a los hijos, toda vez que se ha comprendido que los más afectados y más inocentes son ellos; incluso el propio legislador en nuestro Código Civil de 1928, hasta la fecha vigente, en la exposición de motivos señala: "por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen..."<sup>18</sup>, así pues el legislador reconoce lo que aquellos inocentes habían pasado, y por eso procuró que hubiese igualdad entre los hijos y que se borrarán esos rasgos que creaban discriminación y rechazo por la situación jurídica (estado civil) que guardaban sus padre cuando aquéllos nacieron.

Hasta antes del 25 de mayo del 2000, nuestro Código Civil para el Distrito Federal, determinaba las siguientes especies de hijos:

- A) Hijos nacidos de matrimonio.
- B) Hijos nacidos fuera de matrimonio.
- C) Hijos legitimados.
- D) Hijos Adoptivos.

A partir del 25 de mayo del 2000, la clasificación se efectúa de la siguiente manera:

- A) Hijos consanguíneos (esto es, biológicos y equiparados, se incluyen los nacidos fuera y dentro de matrimonio)
- B) Hijos adoptivos (desaparecen los legitimados)

Podría pensarse que como se hablaba de hijos nacidos dentro de matrimonio e hijos fuera de matrimonio, se hacía una clasificación; la cual posiblemente era como la que anteriormente se llevaba a cabo y probablemente también era degradante para los hijos, pues si lo que trataba el legislador era igualar a los hijos y considerarlos jurídicamente de la misma forma, parece que no lo hacía; sin embargo esta clasificación del Código Civil no pretendía degradar al producto de la concepción, ni crear diferencias en el trato para los hijos, sino que resultaba necesaria la diferencia. Debemos recordar que la clasificación, jurídicamente hablando, conlleva una serie de consecuencias tan delicadas que por eso el legislador debió regular

---

<sup>18</sup> Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A. 64ª. Edición. México. 1995 Pág. 16.

cuidadosamente algunos aspectos; por lo tanto la clasificación era una consecuencia de razones prácticas para poder determinarle a los hijos dentro de matrimonio un padre cierto, por medio de presunciones como la fidelidad, el deber de cohabitación, etc. Y a los hijos fuera de matrimonio, por las propias circunstancias que rodean el hecho de no estar vinculados los padres y por ende obligados entre ellos por los principios antes enunciados, no se puede tener certeza del padre, por ello el legislador optó que hacer la distinción entre uno y otro, pero nunca con la intención de sobajarlos; e incluso previendo esa situación, el legislador estableció mecanismos de respuesta para que los hijos nacidos fuera de matrimonio pudieran determinar la filiación, como lo eran los medios probatorios.

Encontrábamos también a los hijos legitimados, lo cual parecería inútil, pero posiblemente lo hizo el legislador adelantándose a las dudas que pudieran surgir; y por último estaban los hijos adoptivos, mismos que se conservan, con una serie de variantes y los cuales veremos más adelante, incluyendo las reformas hechas en 1998 y las del 25 de mayo del 2000.

Hoy en día, prácticamente, desapareció la clasificación. Antes del 25 de mayo del 2000 se podía notar claramente, en cambio ahora se habla de filiación de manera general y sobre la marcha el Código Civil maneja a los hijos de cónyuges (quienes serían los hijos nacidos de matrimonio), posteriormente, señala como una forma de establecer la filiación el reconocimiento de los hijos, que equivale a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Se deroga el Capítulo III de la legitimación. Lo que hicieron fue modificar los títulos, posiblemente para no hacer distinciones entre los hijos; sin embargo como explicamos no se hacía con el afán de sobajar a los hijos, sino para fines prácticos; creemos que como quedó ahora es un poco más complejo el manejo de las situaciones.

Como nuestro Código Civil no es específico trabajaremos sobre la clasificación que existía, apuntaremos como se manejaba y como está ahora. Debemos hacerlo así, porque el Código fue modificado por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, pero modificaron un Código con materia federal, es decir, que no es de su competencia y por ende resulta inconstitucional.

## **1. Hijos nacidos de cónyuges**

Se consideraba que el producto de la concepción, cuando nacía en un matrimonio, el esposo de la mujer era el padre. Se había comentado que tratándose de los hijos nacidos de matrimonio había una serie de

presunciones y la principal era el considerar al marido de la madre el padre del hijo<sup>19</sup>. La posible pregunta surgida era: ¿por qué se ha considerado así?. Se tenía que partir de esta presunción porque de lo contrario se pondría en duda la honestidad y la fidelidad de la mujer; y aunque esta presunción aceptaba prueba en contrario, resultaba muy peligroso no aceptarla como punto de partida, "...se impondría al hijo de la mujer casada una prueba imposible, tendría que demostrar que fue precisamente engendrado por el marido de su madre, y esto sería sencillamente desquiciar el orden familiar. Sería poner en duda la fidelidad de la esposa y arrojar sobre el hijo una prueba que, aun cuando a base de una investigación indirecta, partiría siempre de imputar infidelidad a la madre sin que hubiese un problema planteado por el marido. Es decir, sin un desconocimiento o impugnación de legitimidad por parte de éste".<sup>20</sup>

Era claro y lógico lo expuesto por el maestro Rojina Villegas, si consideramos lo mencionado en el subtema anterior, respecto a las especies de hijos que establecía el Código Civil para el Distrito Federal antes del 25 de mayo del 2000; se señaló la diferenciación hecha para determinar un padre cierto a esos hijos, toda vez que partíamos de la unión de un hombre y una mujer, quienes habían contraído matrimonio con la convicción de que se amaban y que pretendían compartir sus vidas y consagrarse el uno al otro, y por ende ser fieles, es decir que por motu proprio iban a tener una relación monogámica. Eso es por lo que se refiere a la expresión de su voluntad, pero además jurídicamente, con el matrimonio contraían deberes las cuales debían cumplir, incluso hoy en día se respetan esos principios:

- La cohabitación
- La unión carnal
- La fidelidad

Son tan importantes estos principios que en caso de incumplirse pueden convertirse en causales de divorcio de acuerdo con el artículo 267 del Código Civil; por ejemplo, la fracción I señala como una causal de divorcio: "El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges"; se relaciona con el deber de la fidelidad y la de la unión carnal, a la cual podríamos agregar que esa unión carnal, no sólo es un deber sino que además debe ser exclusiva entre los cónyuges. En caso de no cumplirse se convierte en adulterio, lo cual también nos lleva a la infidelidad, luego entonces para no terminar con el vínculo matrimonial se debe cumplir con estos deberes.

---

<sup>19</sup> Cfr. CICU, Antonio. Ob. Cit. Pág. 22.

<sup>20</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. Cit. Pág. 296.

Por lo expuesto se puede afirmar que dentro de un ámbito de fidelidad, de unión carnal exclusiva y cohabitación; si se llega a engendrar un nuevo sujeto éste tendrá que ser el producto de aquella relación monogámica, y por ende no habría lugar para pensar que ese niño no tiene padres ciertos y determinados; ahora bien si el niño debiera demostrar que el padre es el esposo de la madre, la mayoría de las veces no podría hacerlo, porque la unión carnal es un acto íntimo que no se realiza frente a testigos, por eso el legislador crea una presunción, que en principio no admite prueba en contrario; entendiéndose que esa presunción creada es: "... la consecuencia que se deriva de un hecho conocido a otro desconocido: el hecho conocido es el estado de matrimonio en que ha vivido la madre; la paternidad, el hecho desconocido..."<sup>21</sup> Sin embargo, el legislador no puede ser tan confiado y aunque considere en principio la honestidad y la fidelidad de la mujer, también, necesitamos reconocer que habrá casos en los cuales no suceda así y reine la infidelidad y la deshonestidad, por lo tanto acepta prueba en contrario; por ello el propio autor PLANIOL señala: "¿Quién es el padre del hijo de aquélla? La ley presume que su marido. Está autorizada para ello porque ordinariamente los hijos nacidos durante el matrimonio tiene como padre al marido de la madre. Ésta pudo ser una esposa infiel; pero la ley debe considerarse como regla los hechos ordinarios y no los excepcionales. De aquí la regla: 'El hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido'..."<sup>22</sup>; por eso partimos de la presunción, que en casos excepcionales se acepta prueba en contrario.

*En las reformas publicadas el 25 de mayo del 2000, como se ha venido mencionando, se anulan los títulos de "hijos nacidos dentro de matrimonio" y los "hijos nacidos fuera de matrimonio", sin embargo el Título Séptimo cuyo título es: "De la filiación", comienza por el Capítulo I que lleva por título "Disposiciones Generales", y hace referencia a los hijos nacidos de matrimonio; así el artículo 146 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal determina: "Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre y responsable e informada. Debe celebrarse ante Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige". Esta definición resulta interesante, no determina la naturaleza jurídica del matrimonio, pero da pautas de un bello acto, de lo que puede o debe llegar haber, pero dentro de las palabras utilizadas, resulta curioso que diga que es "la unión libre", lo hace para*

---

<sup>21</sup> PLANIOL, Marcel. Op. Cit. Pág. 137.

<sup>22</sup> *Ibidem.*

indicar que debe ser sin vicios, como el uso de la violencia o mala fe. Además el hecho de usar el término “unión libre”, en el lenguaje coloquial se toma en otro sentido, lo cual lleva a pensar en el concubinato, es la forma como popularmente se le nombra a este acto: “vivimos en unión libre” (o sea concubinato). Esta definición toma también lo establecido en el artículo 4º, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual apunta: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos”. Por último la definición de matrimonio, determina que debe efectuarse ante el Juez del Registro Civil; además se deben cumplir las formalidades requeridas por el propio Código Civil para celebrarlo. En sí esto hace que tengamos una visión clara de lo que es el matrimonio, porque una pareja, la cual vive en concubinato, puede cumplir con lo requerido en la primera parte antes del punto; pero lo que diferenciará al matrimonio del concubinato, es que el primero debe “celebrarse ante el Juez del Registro Civil...”, en cambio el segundo no lo hará.

## **A. Quiénes se consideran hijos de cónyuges.**

La ley establecía (antes de la reforma) una serie de presunciones para determinar quiénes eran hijos de matrimonio, no quedando al arbitrio del juez.

En el Título Séptimo, cuya denominación era: “De la paternidad y Filiación”, el Capítulo I trataba de los hijos de matrimonio y en el art. 324 se establecía:

“Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

*Con las reformas publicadas el 25 de mayo del 2000 la presunción del artículo 324 quedó modificada:*

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio, y
- II Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

De ambos preceptos jurídicos se desprenden varios supuestos para determinar a quién se le debía considerar hijo nacido dentro de matrimonio.

- 1.- La Unión Matrimonial.
- 2.- La Concepción en tiempo hábil.

A estos dos supuestos debemos agregar otros dos:

- La maternidad de la esposa
- La paternidad del esposo

Esto debemos hacerlo porque son consecuencia de una unión matrimonial y van íntimamente ligados, al grado que: el hijo de la mujer se considera también del marido de la misma. Más adelante analizaremos tanto la maternidad como la paternidad y la relevancia de estar unidos en matrimonio.

Entonces encontramos dentro del artículo 324 a quienes se consideraban hijos de matrimonio, y que de manera resumida podemos decir, eran los hijos de aquéllos quienes estaban unidos en matrimonio; pero además se requería nacer en tiempo hábil, es decir, después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. A partir de la reforma ya no se les denominó “hijos de matrimonio”, sino de “los cónyuges”. Y son hijos de los cónyuges, de forma concreta, los que nacen de dos personas unidas por el vínculo matrimonial, que nazcan dentro del mismo o dentro del tiempo hábil, es decir, dentro de los trescientos días después de quebrantado el lazo matrimonial por nulidad del mismo, o por muerte del marido o divorcio; siempre y cuando la madre del niño no haya contraído nuevas nupcias dentro del plazo establecido en la fracción segunda del artículo 324.

De aquí se derivan dos suposiciones una positiva y otra negativa; la positiva se da cuando entendemos el precepto tal como aparece y la negativa se genera cuando no se da el supuesto, es decir, si el hijo nace antes de que transcurra el plazo establecido en el Código Civil o que nazca fuera de matrimonio, según *la reforma del 25 de mayo del 2000*. Sin embargo no es considerado automáticamente como hijo extramatrimonial, porque debemos recordar que el padre es el esposo de la madre y por lo tanto se presume que es su hijo mientras no lo desconozca, de acuerdo con la presunción establecida en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal; y era tan fuerte la presunción establecida en el artículo citado que el propio Código establecía en su artículo 325 que:

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

De tal modo que lo único que se admitía era: que el marido no hubiera podido tener relaciones con su mujer, así pues no cabría decir que desconocía al hijo por motivo de diferencia de raza (nos referimos a que el supuesto padre sea moreno y la mamá también pero el hijo nace rubio de ojos azules), pues el Código no autorizaba una interpretación tan extensiva. *La reforma del 25 de mayo del 2000* sigue otorgando fuerza a la presunción del artículo 324, no permitiendo que en caso de incumplir con algún requisito, automáticamente se considere que el hijo no es de los cónyuges, por ello persiste en el artículo 325 del Código Civil la siguiente afirmación:

“Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer”.

Como puede notarse sigue quedando la posibilidad de impugnar la paternidad, alegando haber sido físicamente imposible (al cónyuge varón) haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento; pero además se agrega la posibilidad de presentar como pruebas, para impugnar la paternidad o maternidad, las que ofrecen los avances científicos.

Veamos como quedó el artículo 326:

“El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque esta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos”.

Es tan firme lo establecido en el artículo 324, en sus dos fracciones, que como ya se mencionó lo único aceptado como prueba en contrario es la imposibilidad física de tener relaciones sexuales con su mujer, al grado que ni siquiera se admite que el marido desconozca a los hijos de su mujer arguyendo adulterio de la madre aún declarando ésta que no son hijos de su esposo; y sólo se le concede desconocerlos alegando adulterio cuando:

1.- Se le haya ocultado el embarazo; o

2.- Antes del 25 de mayo del 2000 también podía ser, demostrando que durante los diez meses que precedieron al embarazo no tuvo acceso carnal con su esposa, tal como lo establecía el art. 326. *Después de la reforma*, se hará demostrando que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros veinte días de los trescientos días anteriores al nacimiento, pero se agrega, que no puede desconocerse la paternidad de los hijos concebidos haciendo uso de las técnicas de fecundación asistida, cuando haya consentimiento expreso. Es, quizá, uno de los cambios más importantes registrados en nuestro Código Civil, el problema encontrado, es que no se trata de manera individual las diferentes técnicas de reproducción artificial, como es necesario y que en capítulos posteriores veremos. Cabe señalar que el reconocimiento efectuado al consentimiento, como vínculo para establecer la paternidad, es un cambio importante, pero tiene sus carencias, pues el consentimiento no se observa en los dos planos: el del padre biológico y el del padre jurídico, esto lo estudiaremos en el siguiente capítulo.

La pregunta que puede surgir es: ¿ por qué no aceptar que el marido desconozca al hijo alegando adulterio aún cuando la propia madre declare que no es hijo del marido? Esto lo explica el maestro Rojina Villegas, en primer lugar nos dice que el artículo 326 determina un requisito para poder desconocer a un hijo o hija, el requisito podría ser distinto a lo establecido en el artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal, esto es, que el marido

pruebe y demuestre que se le ocultó el nacimiento; pero además, si la mujer confiesa que cometió adulterio, puede tomarse en cuenta, de tal manera que estos dos hechos relacionados serían más que suficientes para argüir que ese hijo o hija no es suya, independientemente de que los esposos haya tenido relaciones sexuales. Así mismo, para responder a la pregunta formulada, nos señala el maestro que el ocultamiento tiene mayor relevancia que la confesión de la mujer, de que cometió adulterio, atendiendo a que ésta pudo decir que el hijo no es de su marido movida por el odio, el despecho, aunque no sea verdad lo del adulterio y que lo haya hecho sólo con la finalidad de ofender al marido; por esa razón la ley no le da valor a la confesión de la madre. Sin embargo el ocultar el nacimiento se torna de suma importancia por que esto significa que la mujer no sólo ha ocultado el nacimiento, sino también el embarazo y que por lo tanto es una conducta premeditada que no conlleva (como en el supuesto ya explicado de la confesión del adulterio) un deseo de venganza movida por odio, coraje o disgusto; aquí el móvil es distinto, ya que oculta el nacimiento, pues el hijo que ha concebido no es de su marido.

El maestro Rojina Villegas nos indica que sólo se toma en cuenta la confesión de adulterio, plenamente, para impugnar la paternidad sobre el hijo.<sup>23</sup>

A lo ya mencionado, cabe agregar la opinión del autor Planiol, quien además aclara: "Necesariamente debe suponerse que el marido descubre uno u otro día el nacimiento del hijo, puesto que se prevé el ejercicio, por su parte, de la acción de desconocimiento; poco importa la época en que se descubra lo que se ha tratado de ocultar".<sup>24</sup> Esto resulta muy importante, pues si se pensaba que el tiempo con el cual contaba el marido era corto, toda vez que la ley le señala un lapso de sesenta días para impugnar la paternidad, contados a partir de que tuvo conocimiento del nacimiento, en caso de estar presente; o desde el día que llegó al lugar, en caso de ausencia; o desde el día que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento. Así pues realmente es muy extenso el plazo que se da para desconocer al hijo cuando se le oculte el nacimiento.

## **B. Supuestos de la filiación de hijos de cónyuges**

- a) La unión matrimonial de los padres
- b) La concepción en tiempo hábil
- c) La maternidad de la esposa

<sup>23</sup> Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Págs. 306 y 307.

<sup>24</sup> PLANIOL, Marcel. Op. Cit. Pág. 148.

#### d) La paternidad del marido

#### a) La Unión matrimonial de los padres

Es un hecho por el cual debemos comenzar. Estamos tratando de la filiación que proviene de matrimonio, de tal suerte que antes tuvo que realizarse la unión matrimonial.

Cuando antecede una unión conyugal, se generan consecuencias, entre ellas la filiación de los hijos respecto de la esposa y el esposo, sobre todo, como ya se ha comentado, bajo el acto jurídico del matrimonio se afirma que si se conoce a la madre puede saberse quien es el padre; esto se debe a que nuestra ley en este aspecto maneja presunciones. Cabe señalar que con las *reformas del 25 de mayo del 2000*, se abre la posibilidad de que al establecer quién es la madre, no resulte ésta tan clara; pero se acepta el consentimiento como base para vincularla con el hijo. Ya hemos señalado que en el artículo 324 hay una presunción respecto de los hijos de matrimonio; también se explicó la razón de ser de esas presunciones; de esto encontramos que si se cumplen con los requisitos del citado artículo, se entiende quienes son hijos de los cónyuges, ¿y que ocurriría si el matrimonio fuera declarado nulo, los hijos dejarían de ser del esposo y de la esposa? El legislador lo previó y resolvió determinando, que aunque se declare nulo un matrimonio, la relación filial no corre la misma suerte, pues basta con que se celebre el matrimonio para lograr surta sus efectos respecto a los hijos, esto significa que no es necesario que el matrimonio se considere putativo<sup>25</sup>, para que los hijos sean considerados como nacidos de matrimonio, de tal manera que aún procediendo ambos (supuestos) cónyuges de mala fe el matrimonio

<sup>25</sup> En la doctrina jurídica encontramos el término de MATRIMONIO PUTATIVO, principalmente esta figura aparece entre los canonistas. El autor Flores Barroeta señala que el matrimonio putativo es el matrimonio declarado "inválido, pero celebrado de buena fe, cuando menos por uno de los esposos y que en razón de dicha buena fe, engendra efectos jurídicos, cuando menos respecto del cónyuge de buena fe", se considera BUENA FE cuando se contraiga matrimonio ignorando el vicio que lo hace inválido y por lo tanto subsisten los efectos hasta que se declare la nulidad del matrimonio tanto para los hijos como para los cónyuges. En nuestro derecho tenemos esta figura de manera especial ya que cuando se contrae matrimonio de buena fe produce efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure, sin embargo, antes de la reforma decía, que respecto de los "hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, sino se hubieran separado los consortes, o de su separación en caso contrario" surtía efectos en todo tiempo y se consideraban hijos de los cónyuges, o sea nacidos de matrimonio, según disponía el artículo 255 del Código Civil, *después de la reforma* el artículo 255 apunta que: "El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo, a favor de sus hijos", como puede verse cuando el matrimonio se celebra de buena fe, produce efectos para los cónyuges, y en todo tiempo para los hijos, esto es que aún declarándolo nulo los hijos no pierden la filiación con sus padres.

Cfr. FLORES BARROETA, Benjamín. Op. Cit. Pág. 378.

producirá efectos civiles respecto a los hijos, tal como lo establece el artículo 256. Antes de la reforma (y aún ahora), relacionando el artículo 256 con el 324, significaba que los hijos que se tuvieron antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, generaban efectos civiles. Con la reforma publicada el 25 de mayo del 2000, determina que aunque el matrimonio sea contraído de mala fe producirá efectos civiles solamente para los hijos, es decir, para aquéllos quienes hayan nacido dentro de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. En el primer punto, antes de la reforma, cuando se trataba de hijos que se hubieran tenido antes de la celebración, posiblemente se trataba de lo que era llamado legitimación, los que nacían durante él y trescientos días después.

#### b) La concepción en tiempo hábil.

Antes de la reforma del 25 de mayo del 2000, cuan importante resultaba el nacimiento en tiempo hábil, porque de aquí se desprendía si conceptuábamos al nuevo ser como hijo de matrimonio, lo que conllevaba a tener un padre cierto.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 324, como ya hemos venido apuntando, señalaba el tiempo hábil para el nacimiento. Resultan interesantes los plazos establecidos por el Código Civil, de aquí que la primera cuestión que surgía era, ¿por qué escoger 180 y 300 días?. Sabemos que el embarazo dura nueve meses, que en días equivaldría más o menos a 270 días; sin embargo el legislador optó por 300 días. Antonio Cicu, explica que esto se hizo así porque de no ampliarse los plazos: "se admitiría la impugnación de la legitimidad probando, en contrario, que las condiciones de madurez del nacido y las circunstancias en que se ha desarrollado su gestión hace necesario la fijación de la concepción en época distinta". Por eso también, el Código fijaba la imposibilidad de admitir prueba en contrario, y sólo se admitía la imposibilidad de tener acceso carnal, la cual podría generarse, por ejemplo, por ausencia del marido o la impotencia<sup>26</sup>. No se admitía prueba en contrario porque se pretendía proteger al producto, como lo hemos explicado. En el Derecho Romano la prueba en contrario era admitida, Cicu dice que esta situación daba lugar a graves inconvenientes, habiéndose llegado admitir la legitimidad de los hijos incluso dos años después de la disolución del matrimonio; por eso al prepararse el Código de

---

<sup>26</sup> Hay que recordar que incluso el artículo 267 fracción VI se considera como causal de divorcio la impotencia incurable, porque no ayuda a realizar uno de los fines especiales del matrimonio, "la procreación".

Napoleón se consultó a quien conocía de la materia para poder establecer términos mínimos y máximos de la gestación, los términos fueron ampliados para dejar fuera la posibilidad de impugnar las gestaciones más cortas o más amplias que se presentaran.<sup>27</sup>

Nuestro Código Civil tomó el término de trescientos días como máximo y como mínimo ciento ochenta días; pero hay códigos que establecen un plazo más amplio, tal es el caso del Código Alemán, el cual señala como plazo máximo de 302 días. El propio autor Cicu señala, en el tema de los plazos, que hay médicos-legistas quienes apuntan debería admitirse prueba en contrario, pero por medios que el propio legislador establezca, esto para darle la posibilidad al hijo nacido después de los trescientos días o antes de los ciento ochenta días; pero también señala el autor antes citado, que no podría ser posible, pues la ley no distingue y no podría detenerse a dar un valor diverso a una prueba, aunque esto ayude a darle legitimidad a una persona. El maestro Cicu considera que sólo mostrando una gestación más larga, podrían realizarse reformas a la legislación<sup>28</sup>. *Ahora con la reforma publicada el 25 de mayo del 2000*, el artículo 324 quedó modificado llevando a distintas conclusiones en algunos aspectos; desapareció la condición de que el hijo debería nacer después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, ahora se determinó que se presumen hijos de los cónyuges: "Los nacidos dentro de matrimonio", esto implica un cambio total; pero tiene una explicación, el hecho de que se haya suprimido el plazo de los 180 días se explica porque antes no se permitía la pericial; con la reforma se hacen inútiles las presunciones, la pericial disipa radicalmente cualquier duda. También debemos recordar que en las reformas se incluye la definición de matrimonio y lo cual la hace distinta al concubinato es el ser "celebrado ante el Juez del Registro Civil". Entonces se consideran hijos de los cónyuges, los nacidos una vez que se han celebrado nupcias entre los presuntos padres; puede decirse que aquéllos quienes nazcan aún en el propio día de la celebración del matrimonio, y después de celebrado éste, son hijos de los cónyuges. Lo importante es que exista la unión conyugal al momento del nacimiento del hijo. Por lo que se refiere a la fracción II del artículo 324, también se modifica, de tal manera que se deroga el artículo 334 del Código Civil, veamos por qué. De la redacción del artículo 324 fracción II se desprende el hecho de conservar el tiempo de los trescientos días (como máximo) siguientes a la disolución del matrimonio; ya sea esta por nulidad, muerte del marido o divorcio; pero la variante radica en el hecho de que se conserva la presunción, siempre y cuando la mujer no contraiga matrimonio, dentro del plazo señalado. De esta manera no choca con la presunción de la

---

<sup>27</sup> Cfr. CICU, Antonio. Ob. Cit. Pág. 39.

<sup>28</sup> Cfr. CICU, Antonio. Ob. Cit. Pág. 39 y 40

fracción I, porque si se casa la mujer y tiene a su hijo, se presume del marido (del segundo), aún cuando se casó, y sólo se considerará del excónyuge cuando “no se case y nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución”. Esto conlleva a otro cambio, y este es la derogación del artículo 158 del Código Civil, el cual establecía la prohibición de contraer nuevo matrimonio dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio anterior; posiblemente porque podía no cumplirse el plazo y la consecuencia que traía era la confusión de saber a quién atribuirle el hijo, si al primer marido o al segundo; sin embargo esto lo resolvía el artículo 334 del código civil. Cuando una mujer contraía segundas nupcias y ésta tenía un hijo antes que hubiera vencido el plazo de los trescientos días después de la separación, se podía presumir que ese hijo era del primer marido, de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil fracción II; pero a la vez en aplicación del artículo 324 fracción I, podía presumirse que el padre era el nuevo marido de la madre; sobre todo porque el nuevo cónyuge sabía del embarazo de la mujer, debió haberlo notado, y se casó sabiendo que la mujer llevaba un nuevo ser en sus entrañas. Entonces, el problema que encontrábamos, era que había dos personas que poseían presunciones legales equivalentes.

El artículo 334 del Código Civil (hoy derogado) preveía la situación planteada y presentaba mecanismos de respuesta a estas necesidades, por ello ofrecía solución a tres casos:

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

- 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 matrimonio...”

Conforme a la fracción I, se puede notar que se le atribuía la paternidad del hijo al primer marido, cuando el hijo nacía dentro de los trescientos días, contados después de la separación; pero lo que realmente definía la atribución de la paternidad era que el hijo naciera antes de que transcurriera los ciento ochenta días después de celebrado el segundo matrimonio. Sabemos que a simple vista puede llegarse a una conclusión distinta, la cual sería incorrecta porque no estaría acorde con lo establecido en el artículo 324 del Código Civil; ya que en la interpretación de la fracción I del artículo 334, podía concluirse que el hijo era del primer matrimonio, si nacía dentro

de los trescientos días siguientes a que se hubiera disuelto el vínculo matrimonial, y ciento ochenta días antes de celebrarse el segundo matrimonio; pero interpretado así, podría concordar con la presunción del artículo 324 fracción I el cual a la letra decía:

“ Se presumen hijos de los cónyuges:

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

Entonces, interpretado en contrario sensu debía entenderse que no era hijo del marido si nacía antes de ciento ochenta días, contados desde que de se celebró el matrimonio; por ello, en concordancia con el artículo 324, se realiza el artículo 334 determinando que si el hijo nacía antes de los ciento ochenta días contados desde que se celebró el matrimonio, la paternidad no podía atribuirse al segundo marido, pues el tiempo mínimo requerido jurídicamente, era de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio; entonces para no dejar desprotegido al niño, había la posibilidad de considerar que si nacía antes de los trescientos días a los cuales se refería el artículo 324 fracción II, el padre era el marido del primer matrimonio. Así pues, si el hijo se encontraba en la segunda hipótesis del artículo 324, la paternidad se le debería atribuir al marido del primer matrimonio.

Hijo + nacido dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio	+Antes de los ciento ochenta días después de celebrado el segundo matrimonio	= Paternidad es del marido del primer matrimonio.
--	--	---

“Art.334

I...

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

Esta fracción nuevamente tenía correspondencia con el artículo 324 frac. I, toda vez que era muy semejante, y los requisitos consistían en que el hijo naciera después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio; esta medida la tomaba el legislador para no dejar sin padre al hijo, con motivo de

una confusión. Como puede notarse no era antes de que se celebrara el matrimonio, sino después de celebrado el mismo; entonces el legislador determinó que si el hijo no se encontraba en la hipótesis de la fracción primera del artículo 324, no se le podía atribuir la paternidad a quien en ese momento era su marido. Si el hijo nacía después de los ciento ochenta días, no podría atribuirse la paternidad al marido del primer matrimonio; pero sí podía atribuirse la paternidad al marido del segundo matrimonio, aún cuando naciera el hijo dentro de los trescientos días de la disolución del primer matrimonio, pues se colocaba en la hipótesis del artículo 324, fracción I.

“Art. 334

I...

II...

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”.

En esta fracción se señalaba que no sería considerado hijo de matrimonio, cuando no encuadrara en ninguno de los supuestos; por ello se señalaba que si nacía antes de los primeros ciento ochenta días después de que se hubiera celebrado el matrimonio, en cuyo caso no podría atribuírsele la paternidad al marido del segundo matrimonio, pero además de nacer antes de los ciento ochenta días se encontraba fuera de los trescientos días de la disolución del vínculo matrimonial, en este caso tampoco podía determinarse que la paternidad perteneciera al marido del primer matrimonio; entonces, como puede apreciarse la paternidad no podía ser atribuida a ninguno de los maridos; así pues se consideraba al hijo, nacido fuera de matrimonio. Hoy en día estas hipótesis ya no existen porque el legislador da una solución distinta, el artículo 324 fracción II determina que si la cónyuge contrae segundas nupcias y tiene un hijo dentro de los trescientos días contados desde que quedó separada de su marido, ya no se presume hijo del primer cónyuge; ahora se presumirá que es hijo del esposo, es decir, de su nuevo matrimonio, en atención a la presunción de la fracción I del artículo 324 del Código Civil vigente.

Tan importantes eran los plazos que en caso de no cumplirse traían como consecuencia el poder desconocer al hijo (art. 327, hoy derogado). Para proceder al desconocimiento se tenían sesenta días contados desde el nacimiento, en caso de que estuviera presente o estando ausente el plazo correría desde el día en que llegó al lugar, o bien desde el día que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento; pero estos supuestos sólo podría hacerlos valer cuando de acuerdo a la ley se pudiera contradecir la paternidad; con base en nuestro Código se establecían situaciones en las

que no se podía desconocer que se era padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, los casos eran cuatro, según el art. 328:

- “ ...
- I. Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte, para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
  - II. Si se concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
  - III. Si ha reconocido expresamente suyo al hijo de su mujer, y
  - IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.”

En estos casos no se podría intentar impugnar la paternidad, aún dándose los supuestos antes mencionados, ya que el propio artículo 328 señalaba que se aplicaba para aquellos supuestos en los cuales se aceptaba la impugnación.

En la primera fracción se entendía que no se admitía la impugnación pues jamás se le engañó, el marido sabía del embarazo y por ende comprendió el acontecimiento del futuro nacimiento; cabe señalar que este artículo ya existía en el Código Civil de 1870 con el número 318 y en el código Civil de 1884 con el numerario 294. El abogado Manuel Mateos Alarcón, apunta que esta fracción primera tenía como razón de ser, en la presunción de que el marido había contraído nupcias con la madre para reparar una falta anterior y por lo tanto no se habría casado si no estuviera totalmente convencido que el embarazo fue resultado de sus amoríos<sup>29</sup>. Sin embargo el propio Código Civil ya desde esas fechas exigía un apueba por escrito; hasta *antes del 25 de mayo del 2000*, si no se presentaba la prueba por escrito entonces sí podría impugnarse y por ende desconocerse la legitimidad de ese hijo; cabe señalar que si presentaban otros medios de prueba no serían válidos, ya que el código Civil claramente señalaba a la prueba por escrito como requisito esencial.

El caso de la segunda fracción, se comprendía también, por qué el marido estaba aceptando el nacimiento de un hijo y no sería justo decir ¡sí es mi hijo!; y cuando la ira lo hiciera víctima suya lo desconociera, por ello se establecía esta fracción; aunque podía pensarse que en algún momento esto podía resultar contraproducente por el maltrato físico que pudiera sufrir el

---

<sup>29</sup> Cfr. MATEOS ALARCÓN, Manuel. “Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal”. Tomo I. Tratado de obligaciones y Contratos. Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. 1992. Pág. 167.

menor al ejercerse sobre él de la patria potestad; sin embargo, como ya vimos el artículo 423 protege al menor de los excesos en el ejercicio de la patria potestad, por lo tanto, esto es en beneficio del menor; debemos mencionar que en esta fracción los requisitos eran dos:

- Que el marido hubiera concurrido al levantamiento del acta; y
- Que constara en la misma su firma o el señalamiento de que no sabe hacerlo,

Así, que si faltaba alguno de estos requisitos entonces cabía la impugnación de la paternidad.

La tercera fracción se declara a favor de una conducta anterior del marido, pero además tenía como finalidad que el marido no se retractara de su conducta y pudiera usarlo como una amenaza para con su mujer y su hijo; por eso a fin de que la filiación no quedara a expensas de un estado de ánimo pasional que permitiera manejar a la mujer o a su hijo al antojo del marido, el autor Mateos Alarcón señala: "... el desconocimiento se convertiría en una acción escandalosa, que degeneraría en una amenaza constante contra el estado civil de las personas, y que fomentaría las malas pasiones, alterando el orden social, que quedaría completamente al capricho del marido, sin una razón poderosa que autorizara su conducta al contradecir el reconocimiento expreso que antes se hizo del hijo".<sup>30</sup>

La cuarta fracción nos ayuda nuevamente a entenderla Mateos Alarcón, la cual, explica, se establecía de esta manera en nuestra legislación, porque si el hijo no era viable no generaba ningún derecho y por lo tanto no perjudicaba los intereses de ninguna persona y si el legislador hubiera permitido hacer un juicio, sólo se haría un escándalo el cual no traería ningún beneficio para el marido<sup>31</sup>. Sin embargo, era importante esta fracción porque producía efectos jurídicos importantes, como señalaba en sus cátedras de Derecho Civil el maestro José Barroso Figueroa, podía ser la base de una causal de divorcio, toda vez que aunque no haya vivido el hijo o hija hubo un acto de deslealtad de parte de la mujer que trató de inducirlo al matrimonio, esa causal se prevé en el artículo 267, fracción II del Código Civil. Cabe mencionar que esta fracción fue modificada. Sigue siendo causal de divorcio el hecho de "que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste", lo relevante de la nueva redacción es que se requieren de tres condiciones para ser realmente causal de divorcio:

---

<sup>30</sup> MATEOS ALARCÓN, Manuel. Ob. Cit. Pág. 168.

<sup>31</sup> Cfr. MATEOS ALARCÓN, Manuel. Ob. Cit. Pág. 169.

- Que el hijo haya sido concebido con una persona distinta al marido.
- Que el hijo nazca durante el matrimonio; y
- Que no se haya tenido conocimiento de esas circunstancias.

### C. LA MATERNIDAD DE LA ESPOSA

La maternidad de la esposa, no sólo era indispensable determinarla, sino esencial porque a partir de la filiación materna podía determinarse la paternidad. Hay autores que consideraban que si no conocíamos a la madre, podría ser tarea imposible encontrar al padre.

Los autores Mazeaud señalaba que para que se diera la maternidad, denominada por él legítima, es decir, la que se daba dentro de un matrimonio, debía reunir tres requisitos:

- Un matrimonio válido entre los padres
- Un vínculo de filiación con la mujer
- Un vínculo de filiación con el marido de esa mujer.<sup>32</sup>

Ya estudiamos con el matrimonio putativo, cuáles serían las consecuencias y efectos respecto de los hijos, lo que nos lleva a saber que para considerar la filiación en el matrimonio primero debía existir éste, o bien, nacer en tiempo hábil para tener esa filiación habida en matrimonio y que por ende, se considerara la filiación materna de una mujer casada.

En sí la segunda condición sería el punto medular en este subtema, porque lo más difícil de la maternidad era comprobar el vínculo del que hablaban los hermanos Mazeaud. Las condiciones requeridas para considerar auténtico el vínculo materno, eran:

- El hecho del parto; el código establecía, antes del 25 de mayo del 2000, que la madre era de quien se desprendía el producto, y eso sólo se daba por un hecho biológico, el parto. Cabe mencionar que este supuesto era válido hasta hace unos años; sin embargo con los adelantos biogenéticos y tecnológicos este elemento ya no era tan cierto, pues los avances científicos se han adelantado tanto que no necesariamente la madre debe ser aquella de la cual se desprende el producto, como hasta esa fecha lo había establecido nuestro código civil, tal es el caso del arrendamiento

<sup>32</sup> Cfr. MAZEAUD, Henry, León y Jean Lecciones de Derecho Civil Parte Primera Volumen III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959. Pág. 255.

de vientre o de la maternidad subrogada. Por ello la asamblea de representantes del Distrito Federal se ha visto en la obligación de modificar la redacción de nuestro Código; posteriormente analizaremos cada caso de los mencionados y en este capítulo observaremos como queda la madre.

- La identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo. Este es un elemento cuya esencia no se podía ignorar, porque aún con los avances biogenéticos respecto de las formas de reproducción, podía establecerse que en los casos en los cuales el nuevo ser hubiera sido concebido por medios no naturales, de cualquier manera debía identificarse al hijo traído al mundo por ese medio; y el individuo, quien dijera ser el sujeto concebido por esas personas comprobaría que realmente era él quien nació en esas circunstancias. Entendiendo por el término "circunstancias": las situaciones de modo, lugar y tiempo.

Continuando con el estudio de nuestra legislación, *hasta antes del 25 de mayo del 2000*, podía afirmarse que en esta época la maternidad derivaba de un hecho totalmente comprobable, como lo era el parto.

- El matrimonio de esa mujer. Como estamos tratando los supuestos de la filiación dentro de un matrimonio, es necesaria la existencia de éste para considerar la supuesta filiación aquí tratada; debía existir el matrimonio, la unión conyugal de los padres además de realizarse la concepción en los tiempos hábiles. Sobre todo la presunción de la filiación matrimonial o legítima, toma sus bases en los deberes de los cónyuges, que ya hemos mencionado y bajo los cuales se rige el matrimonio.

Elementos que ahora toma como base el código para atribuir la maternidad a la esposa:

En primer lugar veremos que se retoman los aportados por el autor Mazeaud, subsiste que medie *un matrimonio entre los padres*. Como ya vimos, no necesariamente debe ser "válido", como lo enuncia Mazeaud; porque de todas formas produce siempre efectos jurídicos para los hijos aunque hubiera buena o mala fe en la celebración del matrimonio (artículo 256 del Código Civil vigente).

*El vínculo de la filiación con la mujer*, queda modificado porque para poderlo determinar, ya estudiamos, existían requisitos los cuales debían cumplirse, como: el hecho del parto. Hasta antes del 25 de mayo del 2000, la forma de vincular a la madre con el hijo era de forma biológica; se

reputaba madre a la mujer de la cual se desprendía el producto (artículo 360 del Código Civil). Hoy en día ya no existe esta vinculación, el artículo 360 ha sido modificado. Entonces, el hecho de parto quedaba de lado para demostrar el vínculo de la filiación con la mujer. Luego entonces ¿cómo se constata la filiación con la mujer?. El Código Civil vigente establece formas de parentesco de los hijos con sus padres y estas las encontramos en los artículos 292, 293 y 295.

“Artículo 292. La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil”.

El parentesco por afinidad no se aplica a los hijos, pues el artículo 294 señala claramente que se adquiere por concubinato y por matrimonio, esta es también una modificación; antes sólo se adquiría por la celebración de matrimonio, pero ahora será también para aquellas personas quienes vivan en concubinato. Es curiosa esta situación, pues no debemos olvidar que dentro de los impedimentos para contraer matrimonio, está “el parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna” (artículo 156 fracción IV del Código Civil vigente); pero resultará más complicado demostrar que se vivió en concubinato. Ahora se requiere hayan vivido dos años mínimo (artículo 291-Bis), claro que se puede demostrar por testimoniales o presentando el acta del hijo donde ambos lo reconocen, en el caso de que se haya tenido. Pero ¿cuántas mujeres o varones, no harán mal uso de esta herramienta jurídica, provocando problemas a sus exparejas, cuando estas últimas decidan contraer matrimonio, aunque no hayan vivido el tiempo establecido por la ley, es decir, que no se haya configurado el concubinato?. Además dentro de las modificaciones está, que aquellos quiénes hayan contraído matrimonio o vivan en concubinato se consideran parientes (artículo 294); antes sólo se generaba parentesco entre la familia de ella con él y la familia de él con la de ella.

El parentesco que se forma con los hijos, aparece en el artículo 293 del código civil vigente y a la letra dice:

“El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes consientan.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los

parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”.

Como puede observarse, determina como primer supuesto el consanguíneo; y serán aquellas personas quiénes tienen los mismos genes; pensemos en las pruebas de ADN con las cuales podemos constatar el parentesco consanguíneo. Posiblemente, para los biólogos, el concepto “consanguíneo” resulta anticuado, pues antes se hablaba de pruebas de sangre y ahora de genética. Sin embargo, coloquialmente se sigue hablando de “hijos de sangre”, por ello resulta más familiar el concepto de “consanguinidad”, que se refiere a la transmisión genética que se da de padres a hijos.

El segundo párrafo, se refiere al parentesco generado entre los padres y los hijos producto de las técnicas de reproducción asistida. Es una reforma importante, pues se reconoce el empleo de las técnicas de reproducción asistida para procrear vida; de esta manera los hijos nacidos por estos medios no quedan al desamparo o la buena voluntad de sus padres para poder ser reconocidos. En el siguiente capítulo, estudiaremos los problemas que se pueden generar en la aplicación de este párrafo, a las técnicas de reproducción asistida. En este párrafo, notamos una segunda forma de identificar el vínculo de la filiación de la mujer casada con el hijo; aquél se da por medio del “uso de técnicas de reproducción asistida”. El principal problema que vemos es lo enunciado en el segundo párrafo en su parte final: “y de quienes consientan”, éstos serán los padres.

Tratándose del tercer párrafo, encontramos la adopción que es considerada parentesco civil (art. 295 del Código Civil vigente); pero dentro de esta reforma se le equipara al parentesco consanguíneo, esto se hizo porque se derogó la adopción simple y quedó sólo la adopción plena, más adelante la estudiaremos. Entonces, aunque es parentesco que tiene como base un acto jurídico para que se genere, se le da el trato de parentesco consanguíneo; entrando el hijo adoptado a la familia como si hubiere sido concebido por los esposos.

- La identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo. La referencia que se da aquí ya no es útil por lo que debemos modificarla a: “La identificación del ser, que se dice hijo de una determinada mujer”. Esta modificación es necesaria por las *reformas del 25 de mayo del 2000*, donde la maternidad ya no se atribuye por el hecho de que el hijo se desprenda de la mujer, es decir, el parto.

Esa identificación será por una serie de elementos que deberán presentarse, los cuales pueden ir desde una prueba genética hasta una de naturaleza netamente jurídica.

Y por último está “el matrimonio de esa mujer”. Para considerarse hijo de matrimonio, es necesario que exista el vínculo conyugal. Se exige entonces la existencia de la unión conyugal de la mujer a la que se le reputa madre.

Hay autores como Mazeaud que consideraban dos tipos de pruebas para comprobar la maternidad legítima, la judicial y la extrajudicial.

Analizaremos a grosso modo las pruebas existentes, antes del 25 de mayo del 2000, porque estas últimas las veremos en el punto de la “Prueba de la filiación de los hijos de cónyuges”. Dentro de la prueba judicial se consideraba en primer lugar “la partida del nacimiento” (la prueba por excelencia de la filiación legítima) y la “posesión de estado”. Nuestro Código Civil hasta antes del 25 de mayo del 2000, consideraba ambas pruebas, el artículo 340 del citado Código apuntaba que: “la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se probaba con la partida del nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”. Como se puede apreciar se partía de dos elementos para comprobar la filiación de los hijos nacidos de matrimonio: la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de los supuestos padres. Pero si faltaban actas, o eran defectuosas, o incompletas o falsas, entonces la filiación de los hijos de matrimonio se comprobaba con la posesión de Estado de hijo nacido de matrimonio (artículo 341 del Código Civil).

Antes de la reforma, había una distinción clara entre la forma de demostrar la maternidad y la paternidad; sin embargo ahora se vuelven totalmente similares por lo que las veremos juntas en el subtítulo “Prueba de la filiación de hijos nacidos de cónyuges”.

La primera prueba la cual se refería a la “partida de nacimiento”, como observamos, de acuerdo con el artículo 340 del Código Civil, se relacionaba con las actas de nacimiento, esto se debía a que generalmente el hecho biológico, es decir , el parto, iba acompañado de la inscripción del nacimiento; pues normalmente los matrimonios acuden al Registro Civil para dejar constancia del acontecimiento biológico. Debemos apuntar que hoy en día se ha complicado un poco la situación por el delito de “tráfico de menores”, con lo que se vuelve un tanto difícil determinar si es real o no lo asentado en el acta de nacimiento, es decir, si aquéllos que comparecen como padres realmente lo son; generalmente en los hospitales se llevan registros de quienes ingresan a los mismos y tienen hijos; sin embargo no es

del todo seguro, pues ¿cuántas veces hemos escuchado que de algún hospital se robaron un bebé?.

Entonces observamos la importancia de la partida de nacimiento, enfocado a la maternidad de la esposa, por ello era necesario señalar que el producto (el bebé) debía desprenderse del seno materno de aquella mujer quién decía ser la madre; esto podemos incluso intuirlo de las palabras del artículo 337 del Código Civil antes de la reforma, el cual se refería a reputar nacido el feto. Como primer requisito establecía que “para efectos legales, sólo se reputa nacido al feto que, desprendido enteramente del seno materno...”, es decir lo primero que se requería es que se hubiera desprendido enteramente de la mujer quien lo engendró aproximadamente durante 9 meses (puede ser más o menos el tiempo); pero entonces el código le daba gran importancia al hecho del parto y aquellas personas quiénes eran actores del mismo, como lo era quién daba a luz y aquél que salía a la vida en ese acto. Sin embargo esta apreciación cambió con las reformas del 25 de mayo del 2000: se eliminaron como parte de la prueba de la filiación de los hijos nacidos de cónyuges, “la partida de nacimiento del hijo”, tal como lo requería el Código Civil, dejando como única prueba el acta de nacimiento. Esto se hizo, porque como ya hemos comentado, en el uso de varias técnicas de reproducción asistida, la madre no necesariamente es de la quién se desprende el producto. Solamente surge una duda: ¿si acertadamente el Código ha cambiado, cómo puede proteger a las familias del robo de sus hijos?. Lo preguntamos, porque el hecho de solicitar como prueba la partida de nacimiento servía para protegerse contra el robo de hijos, pues los padres que fueran a registrar a sus hijos debían presentar la constancia de alumbramiento; lo cual garantizaba el vínculo de la madre, el hijo y el hecho reciente del nacimiento. Entonces, ahora que no es menester comprobar que el hijo a quién presento lo he dado a luz, ¿cómo lograr que con esta reforma no se violente la ley y pueda presentar cualquier persona a un hijo que no es suyo y registrarlo como si lo fuera?. Los legisladores previendo esta situación establecieron los siguientes requerimientos en el artículo 55 del Código Civil vigente:

“Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los ascendentes sin distinción alguna dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.

Los médicos cirujanos o partera que hubieren asistido el parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene cualquier persona en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento.

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

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

En este artículo, como puede apreciarse, se establece la obligación de dar aviso del nacimiento; esta obligación se da a varias personas, en primer lugar el padre y la madre, ya sea juntos o por separado y cuando no lo hagan estos deben hacerlo los ascendientes, ya sea materno o paterno, y para ello tienen seis meses. Es precisamente para evitar el tráfico de menores o que queden impunes. Pero además también tienen esta obligación los médicos cirujanos o las parteras quienes asistan el parto; el tiempo con que cuentan es más reducido, pues darán aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil dentro de las veinticuatro horas siguientes al mismo.

De igual forma están obligadas las personas que en su casa haya habido un alumbramiento; esas personas serán muy importantes para evitar el robo y el tráfico de niños, porque con estas declaraciones se apoyará o negará que una persona es madre de un determinado hijo; y con estos avisos podrá vincularse a una mujer con el hijo, de tal manera que será la identificación de esas personas sobre el hijo y la madre lo que los vinculará o separará.

El hecho de que declaren el nacimiento los médicos cirujanos y las parteras, sirve para evitar el tráfico de menores; pero en el establecimiento de la filiación no lo es, precisamente porque el hecho de que de una mujer se desprenda el producto de la concepción no significa que ésta sea la madre; aún cuando no haya hecho uso de las técnicas de reproducción asistida; así pues, al hijo este dato no le es útil para demostrar la filiación con aquella persona a quien considera su madre, pensamos que el único camino podría ser la prueba de ADN.

Ahora bien, si el nacimiento se da en un sanatorio particular o del Estado, están obligados a dar aviso al Juez del Registro Civil, el Director a cargo de la institución, o los encargados de la administración.

Una vez que se haya recibido el aviso, el Juez debe tomar las medidas legales para levantar el acta de nacimiento.

Creemos que hay una serie de complicaciones con estas reformas. Si bien es cierto son muchos los que tienen la obligación de dar aviso. Surge

una situación que puede lograr se burle a la ley, como lo es la posibilidad de pagarle a personas para que digan que en su casa hubo un alumbramiento, cuando en realidad no es cierta la aseveración efectuada; todo esto porque se trata de un niño quien ha sido arrebatado a sus verdaderos padres, es decir, fue robado y quieren hacerlo pasar como hijo de una determinada pareja. En segundo lugar nos parece que no debió hacerse una reforma tan generalizada, es decir, pensamos que lo ideal era conservar el hecho del parto como la base para determinar la maternidad, tratándose de aquellos casos en los cuales no se hizo uso de alguna forma de reproducción asistida; excepto la inseminación, la cual estudiaremos en el siguiente capítulo. Pero en aquellos casos en los cuales el hijo nace por los medios naturales, donde hay un vínculo biológico directo (como ocurre con la madre) fue erróneo dejar tan amplio el supuesto; no debemos ignorar que el papel de los legisladores contra la delincuencia debe ser fundamental y consiste en dejarles menos caminos libres para desenvolverse.

El artículo 340 del Código Civil, aparte de considerar la partida de nacimiento, establecía como requisito considerar al producto como hijo de matrimonio; debido a la existencia del acta de la unión conyugal de la mujer (de la cual se desprendía el producto), como ya estudiamos, para determinar la filiación de un hijo de matrimonio era necesario que primero existiera tal acto; pero además recordemos que el artículo 324 del Código Civil establecía una presunción muy clara “se presume hijo de los cónyuges...”. Así que la filiación de los hijos de matrimonio se presumía y por eso se afirmaba que el padre del hijo era el marido de la esposa; por ello el acta de matrimonio se tornaba de suma importancia, porque presentándola podía determinarse que el hijo era de matrimonio y que por ende tenía un padre cierto, porque tenía una madre cuyo marido (de acuerdo con el Código), era el padre de ese hijo, basándose además en los principios del:

- Deber de cohabitación
- Deber de la unión carnal
- Deber de la fidelidad

Por estas razones el artículo 340 del Código Civil unía estos dos elementos, el de la partida del nacimiento y el acta de matrimonio, para determinar la filiación de los hijos de matrimonio. A partir de la reforma, para establecer la filiación de los hijos no se requiere de ninguno de los elementos exigidos; sino solamente el acta de nacimiento. Esto resulta curioso porque antes de la reforma la filiación se determinaba antes de acudir al Registro Civil y podía hacerse aún sin llegar a esta institución. Sin embargo ahora se le da tal importancia que es el punto de partida para determinar la filiación de los hijos. Al parecer el hecho del alumbramiento queda de lado y sin

importancia, pero no resulta muy justo para aquéllos que no han hecho uso de las técnicas de reproducción asistida; y por lo que se refiere al acta de matrimonio sigue siendo un elemento válido para establecer un padre cierto, aún sin necesidad que se presente el mismo. Hay otras pruebas para poder determinar la filiación de los hijos y esas las analizaremos en el siguiente apartado.

En esencia, la partida de nacimiento y el acta de matrimonio sirven para determinar la maternidad de la esposa; pero ¿qué sucedía en caso de que no existieran actas o que existiendo fueran defectuosas? El Código prevé esos posibles problemas, y antes de la reforma los resolvía con la segunda prueba extrajudicial de la que nos hablaba Mazeaud. El artículo 341 del Código Civil establecía que:

“A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase”.

*Con la reforma* el artículo quedó de la siguiente manera:

“Art. 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible sino hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba”.

Como podemos notar son pocos los cambios, pero los hay y consisten en que ya no se habla de “posesión de estado de hijo nacido de matrimonio”, esto se hace para que no resulte incongruente la reforma, es decir, se eliminan por completo las denominaciones a los hijos. Otro cambio, radica en señalar que como medios de prueba se admiten “aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen”. Esta reforma introduce este

señalamiento, en sí no era necesario hacerlo porque como puede apreciarse en la redacción anterior se admitían "todos los medios de prueba que la ley autorizaba", y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el artículo 278 establece: "el juzgador se puede hacer llegar cualquier tipo de prueba con la única limitación de no aceptar las prohibidas por la ley"; luego entonces si no estaban prohibidas por la ley los medios aportados por los avances científicos, tal es el caso de la prueba de ADN que se ha admitido, no era necesario aclararlo. Por último encontramos la modificación que dice: "...si faltare registro o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba", parece un poco más confusa esta redacción, que es similar a la antigua porque nos indica que el duplicado es el que debemos tomar como prueba.

El legislador consideró que por medio de la posesión de estado de hijo podía acreditarse la filiación de hijo de matrimonio. El artículo 341, antes de la reforma, tenía varios apuntes importantes, los cuales debemos resaltar, por ejemplo uno que todavía subsiste es: "la falta de actas". ¿Cuál es el alcance de esa idea y los casos en los cuales deberíamos tratar de probar la posesión? Así como el no aceptar la testimonial ¿en todos los casos se rechazaría la testimonial?

Comenzaremos citando textualmente una tesis aislada dictada por la Tercera Sala, esto lo hacemos porque es una explicación ardua, efectuada por la autoridad judicial que es el interprete de las leyes por disposición constitucional.

#### **"FILIACION LEGITIMA, PRUEBA DE LA, EN DEFECTO DE LAS ACTAS DEL REGISTRO CIVIL.**

El señor licenciado Manuel Mateo Alarcón, en su obra "Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal", expresa: El artículo 308 del Código de 1884, reformó el 332 del de 1870 en los términos siguientes: 'La filiación de los hijos legítimos se prueba con la partida de nacimiento, y en los casos prevenidos en el artículo 45, por la posesión constante del estado de hijo legítimo; pero si se cuestiona la validez del matrimonio, de los padres, debe presentarse el acta de matrimonio, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo siguiente'. Según la *reforma* introducida en el precepto que antecede, la filiación legítima se prueba, por regla general, sólo por el acta de nacimiento, pero se permite, por excepción, y como prueba supletoria, la posesión constante de estado de hijo legítimo, en los casos siguientes: Cuando no hayan existido registros, o se hayan pedido, o estuvieren rotos o borrados, o falten las hojas en que se pueda suponer que estaba el acta. Es decir, que esa forma ha venido a restringir la

facultad amplia que concedía el artículo 332 del Código de 1870, de probar la filiación legítima por medio de la posesión de estado de hijo legítimo en defecto del acta de nacimiento, limitándola a determinados Casos. A continuación, el autor critica la reforma de que se trata, considerando que la misma hace a nuestro derecho excesivamente severo, para la admisión de pruebas de la filiación legítima, sin fundamentos alguno, pues no existen motivo de moralidad, de justicia, de interés o de utilidad pública que la justifiquen, y se separa por completo de los principios adoptados por la Ley de Relaciones Familiares, por medio de su artículo 160; pero se motiva la misma tesis de que la filiación 160; pero se mantuvo la misma tesis de que la filiación los hijos legítimos se probaba por la partida de nacimiento y en caso de que no hubieran existido registros o se hubieran perdido o estuviesen rotos o borrados, o faltan las hojas en que se pudiera suponer que estaba el acta, se podría recibir prueba del acto por instrumento o testigos. El legislador de 1928 cambió la redacción del precepto correlativo. El artículo 340 dispone que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres, y el artículo siguiente o sea el 341 establece la falta de actas o si fueren defectuosas, incompletas o falsas se probará la filiación con la posesión constante de hijo nacido de matrimonio. Este precepto ya no hace referencia a la falta de registros. Porque aun no se hubiera establecido la institución del Registro Civil, a que los registrados estuviesen borrados o estuviesen destruidas las hojas en que se contenía el acta simple y sencillamente dispone: 'A falta de actas', y esta expresión no significa sino que el legislador, dados los antecedentes legislativos, las censuras que motivó la reforma de 1884 y las nuevas tendencias a facilitar a la prueba de la filiación, quiso que el precepto tuviera aplicación sea cual fuese el motivo por el que faltaran las actas del Registro Civil; y dispuesto que en esos casos la filiación se probaría con la posesión constante de hijo de matrimonio y en defecto de esa posesión, serían administrables todos los medios de prueba autorizados por la ley; pero con la limitación de que la testimonial no debería admitirse si no hubiera un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su administración. En efecto, los antecedentes legislativos hacen concluir que la diferente redacción empleada en el artículo 308 del de 1884, no fue casual sino deliberada y que consecuente el legislador con los propósitos generales de la nueva legislación civil, entre otros, el de liberar a los hijos de las injustas consecuencias de negligencias o culpas de sus padres, eliminó la restricción establecida por el mencionado artículo 308. La anterior conclusión encuentra también su apoyo en la teoría, sin que sea necesario probar que los registros se han perdido o destruido".

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca Tomo LXXVIII Tesis Aislada. Página 3989.

Secretaría de la Asistencia Pública. 25 de noviembre de 1943.

En esta Tesis, hemos podido notar los cambios que los códigos han tenido respecto al tema comentado; pero a la vez nos contesta una serie de interrogantes. Primero notamos que el Código de 1884 restringe las pruebas, pues señala que: "... en los casos prevenidos en el artículo 45..." se probará la filiación de estado de hijo, con lo cual percibimos que el código de 1884 limitaba la prueba para demostrar la Posesión de Estado de hijo; pero basándonos en esta tesis observamos que el código de 1928 se muestra más justo y benévolo pues en los casos en los cuales se puede demostrar la filiación por posesión de Estado no son restringidos, toda vez que la única condicionante es que falten las actas para que podamos hacer uso de la prueba de Posesión de Estado de hijo, pudiéndose acompañar de cualquier prueba de las autorizadas por la legislación, quedando sólo prohibida la testimonial cuando falte prueba por escrito o de hechos o presunciones que por su relevancia en el asunto deba determinarse su admisión.

Nos preguntamos, ¿la madre puede retractarse?, ¿La madre puede desconocer su estado de madre?. Esto era muy importante porque como ya se ha comentado la maternidad de una esposa, por disposición legal, determinaba quién era el padre.

El órgano judicial ya se había ocupado de las interrogantes antes planteadas y había determinado en una Tesis aislada lo siguiente:

"FILIACION. PRUEBA DE LA. El desconocimiento de la filiación de un menor no puede depender sólo de la confesión de la madre en el sentido de que no es su hijo, pues existe un interés social en que los actos del estado civil de las personas no se destruyan con las simples declaraciones del interesado o interesados, que después de hecha una declaración ante el encargado del Registro Civil, vengan después a retractarse de ella diciendo que lo que entonces declararon es inexacto, pues esto equivaldría a dejar la suerte de los hijos registrados como de matrimonio sin ninguna protección jurídica, sino exclusivamente a la garantía de la moralidad de los padres, porque para desconocer los derechos que los ligan con aquéllos bastaría simplemente se pusieran de acuerdo, para decir que fue simulado el acto registrado. Para que la confesión tenga eficacia para nulificar un acta de tal naturaleza, no es

suficiente la simple declaración o retractación de los padres, sino deba administrarse con otras pruebas que demuestren que efectivamente no pudieron haber engendrado al menor, debido a impedimentos de carácter fisiológico que tuvieran uno o ambos cónyuges, o que durante los diez primeros meses anteriores al nacimiento no pudo existir entre ellos acceso carnal.”

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen LXVIII, Cuarta Parte. Tesis Aislada. Página 25.

Amparo Directo 339/60. Eduardo Somedo Cubillas. 13 de febrero de 1963. Mayoría de 3 votos.

De la tesis transcrita se puede deducir que así como pasaba con el padre, las mismas reglas se pueden aplicar a la madre. La madre tampoco podría retractarse una vez que haya registrado al hijo como tal, y también explica la presente tesis la razón por la cual no es admisible el desconocimiento del hijo por la madre pues dejaría: “... la suerte de los hijos registrados como hijos de matrimonio sin ninguna protección jurídica sino exclusivamente a la garantía de la moralidad de los padres...” lo cual equivaldría a permitir la difamación y una vez que se molestaran, desconocerían al hijo; por eso tampoco para la madre se admite la posibilidad de desconocer al hijo por mera confesión; sin embargo el órgano judicial deja abierta la puerta al desconocimiento sólo en casos en los cuales se presenten pruebas que logren demostrar que la pareja no pudo “... engendrar al menor... por problemas de... carácter fisiológico...”; o que por un lapso de por lo menos diez meses no ocurrió acceso carnal entre los cónyuges; pero en el caso concreto de la mujer se tendrá que demostrar que ella tiene problemas de carácter fisiológico o que no tuvo relaciones sexuales con nadie. Sin embargo esta tesis debe modificarse, estableciendo que: “el desconocimiento no podrá hacerse aún cuando no se haya podido engendrar al menor... por problemas de carácter fisiológico, cuando se hayan usado las técnicas de reproducción asistida, en el que medie el consentimiento de la mujer para llevarlas a cabo”.

Es interesante, además, esta tesis porque el legislador no dice nada sobre este tema, sólo lo regula para el padre, y recordando los principios por los cuales se rige el derecho, sabemos que: “a los particulares lo que no les está prohibido les está permitido”, mientras a las autoridades “aquello que no les está expresamente permitido por la ley, se entiende les está prohibido”; así podríamos entender que si a la mujer no se le señala que no puede desconocer al hijo en algunos casos o de manera general, se puede entender, aplicando los principios de derecho, que la madre podría

desconocer al hijo; pero por cuestiones lógicas como las expuestas, sería inconveniente dejar tan amplia posibilidad del desconocimiento, pues en todo momento hay que recordar que al derecho familiar lo que más debe importarle (como lo es) es la protección del menor, ya que él no es participante directo de estos actos, pero es el más afectado con los mismos.

Aunque estamos conscientes de la laguna que tiene la ley, y estando en conciencia de que el órgano judicial no es el adecuado para resolver estas cuestiones, pues la laguna de la ley debe ser cubierta por el legislador; para poder ser aplicado por el órgano judicial y hacerlo respetar, nos adherimos a la tesis aislada emitida por la Tercera Sala, porque como mencionamos lo que está en juego es la vida familiar de un ser inocente que no es actor directo de los actos que le afectan más a que a nadie.

Otra situación que se podía presentar y la cual preveía nuestro Código Civil, era el caso en cual la esposa tenía un hijo de una persona distinta al marido, y al que la ley le denominaba hijo adulterino, no por menos preciarlo, sino por la situación especial que guardaba, por eso se hacía la diferencia, pero no aparecía ninguna anotación en el acta de nacimiento, -como antes ocurría, señalando que era "hijo adulterino"- . Todas las actas de nacimiento se debían levantar con asistencia de dos testigos, conteniendo el día, la hora y el lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondían, la razón de sí se había presentado vivo o muerto, la impresión digital del presentado tal como lo disponía el artículo 58 del Código Civil (este artículo permanece igual, sólo que ya no se habla de hijos adulterinos).

Ahora bien si se presentaba como hijo de matrimonio nuestro Código Civil disponía que se debían asentar los nombres, domicilio y nacionalidad de los padres; los nombres y domicilios de los abuelos; y de las personas quienes hubieran hecho la presentación, de acuerdo con el artículo 59 del Código Civil (tal como permanece actualmente, excepto que ya no se hace solamente con las actas de nacimiento de los hijos nacidos de matrimonio, sino se aplica en general).

Tratándose de hijos producto de un adulterio el Código Civil establecía claramente, en su artículo 62, hoy derogado, que: "podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá sentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que esté haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo". Por su parte el Código Civil de 1884 determinaba, respecto al hijo adulterino, en el artículo 78 que: "Si fuere adulterino el hijo, no podrá asentarse aunque lo pidan las partes, el nombre del padre ó madre casado;

pero podrá asentarse el del padre o madre soltero, si alguno lo fuere." Como se puede observar el Código Civil de 1884 era más estricto y limitativo, pues determinaba que cuando los padres del ser concebido estuvieran casados con personas distintas a ellos no podían reconocer al hijo, con esta medida se privaba al ser concebido del derecho de tener progenitores aunque fueran conocidos; con esta medida quien resultaba total y absolutamente afectado era el hijo sin ser él partícipe de estos actos. El Código Civil de 1928 se muestra más benévolo y consciente de la situación por lo que permitía que el padre siendo soltero o casado pudiera reconocer al hijo. Donde establecía restricciones era tratándose de la madre, ya que si era soltera podía reconocer al hijo pero si era casada no tenía la posibilidad de reconocer al hijo como de ella; excepto si el hijo había sido desconocido por el esposo de ella, y que se hubiera declarado que no era el padre, por sentencia ejecutoria, es decir, por sentencia firme la cual no admita recurso o juicio en contra; esto era en atención al principio que reinaba en nuestro derecho positivo mexicano en cual se determinaba que: "el padre era el esposo de la madre". De tal modo que siendo la esposa madre de un hijo concebido, engendrado y dado a luz por ella y por un hombre distinto al marido, resultaba injusto que el marido de la madre además de haber sido la víctima del adulterio tuviera que cargar con las obligaciones generadas por la paternidad, es decir, las propias de la filiación; de aquí que la maternidad de la esposa se veía ligada a estos acontecimientos previos.

Por último cabe mencionar, que el artículo 60 del Código Civil establecía que: "... la madre no tenía derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tenía la obligación de que su nombre figurara en el acta de nacimiento de su hijo..." la razón de señalar tal cosa, se debía a que el Código Civil partía del punto de que la "madre siempre era cierta", por ello no había razón de dejar de reconocer al hijo. *A partir de las reformas del 25 de mayo del 2000*, el artículo 60 apunta en su primer párrafo que: "El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos". Como puede observarse están obligados tanto el padre como la madre a reconocer a sus hijos.

## D. PATERNIDAD

Hemos abordado este tema de manera indirecta en párrafos anteriores, así que podemos recordar entonces que la ley presumía: "el padre es el esposo de la madre"; y bajo este principio la filiación de los hijos de matrimonio se conducía. Pero además, la doctrina para fundamentar el principio ya mencionado apuntaba tres deberes esenciales los cuales hacían

que la presunción jurídica se volviera verídica, estos ya los mencionamos, pero los recordaremos:

- El de la cohabitación
- La de la unión Carnal
- La fidelidad

Hoy en día puede decirse que se parte de la siguiente presunción: "el padre es el esposo de la madre", excepto cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida; porque de acuerdo con el artículo 326, 2º párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, para hacer la atribución de la paternidad al cónyuge, además de nacer el hijo durante el matrimonio, se requiere que haya mediado "consentimiento expreso para el uso de esos métodos".

Resultan importantes estos deberes que trae consigo el matrimonio, porque en caso de incumplir con alguno, cada uno se puede convertir en una causal de divorcio, tal como lo establece el artículo 267 del Código Civil. Así en el artículo citado, antes de las reformas, las fracciones VIII, IX y XVIII establecían, podría decirse, una sanción a la violación del deber de "la cohabitación", toda vez que en caso de no cohabitar con el cónyuge en la misma casa puede solicitarse el divorcio, verbigracia, la fracción VIII establecía que: en caso de "separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada" podía solicitarse el divorcio, cumpliendo con el tiempo, en este caso "seis meses", y con la circunstancia de que sea "sin causa justificada". La separación, es decir, el no cohabitar con el cónyuge traía como consecuencia el poder solicitar el divorcio y que éste procediera. *Con la reforma*, la fracción VIII, modifica el orden de la redacción quedando de la siguiente manera:

"Art. 267. Son causales de divorcio:

...

VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses..."

Ahora dice "separación injustificada", lo cual implica que esta sea la causa, y el tiempo es de seis meses, pero el hecho es el mismo, es decir, por no cohabitar con él o con la cónyuge, trae como consecuencia una causal de divorcio.

La fracción IX cambiaba el tiempo de la separación la cual debía ser por más de un año y la circunstancia en la cual se daba la separación del hogar

conyugal. Aquí era originada por una causa justificada, pero el resultado era el mismo "el de poder solicitar la disolución del vínculo matrimonial". La fracción IX del artículo 267 también se modifica con *la reforma del 25 de mayo del 2000*, quedando de la siguiente forma: "... La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos...". Como puede notarse aquí no importa si hay o no causa justificada para que se efectúe la separación, lo que importa es el tiempo, que es de más de un año". Así pues por no cohabitar con la cónyuge o el cónyuge puede solicitarse el divorcio.

Tratándose de la fracción XVIII (hoy en día derogada) también tenía como base de la causal de divorcio la separación de los cónyuges, es decir, la falta de cohabitación de los mismos con la diferencia, respecto de las dos mencionadas, que no importa el motivo de la separación; lo que interesaba es el tiempo de la separación, teniendo como consecuencia la posibilidad de promover el divorcio. La redacción de la fracción se asimila a la fracción IX, por lo que desaparece, pues queda absorbida.

El deber de la unión carnal también se veía plasmada como una causal de divorcio en el artículo 267; la encontrábamos en las fracciones antes mencionadas, es decir VIII, IX y XVIII (ya que la separación de los tiempos señalados podía implicar la falta de unión carnal entre los cónyuges); pero además a esa lista se agregaba la fracción VI, que consistía en "padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que fuera, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobreviniera después de celebrado el matrimonio". Podemos percatarnos que la sífilis y las enfermedades crónicas o incurables que son contagiosas o hereditarias y la impotencia incurable, no permite que la pareja tenga unión carnal y por lo tanto no permite cumplir con ese deber; vale la pena mencionar que aunque es deber, no se podría obligar por medio de la fuerza o la violencia a la mujer a cumplirlo porque puede convertirse en un delito denominado "violación", tipificado en el código penal para el Distrito Federal. En el *Código Civil vigente* la fracción VI tiene la siguiente redacción: "...VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada...". Se conserva como causal de divorcio "la impotencia sexual irreversible", es decir, que por ningún medio pueda concebir; pero señalaba claramente que si la "impotencia sexual irreversible" es causada por edad avanzada de alguno de los cónyuges, no contará como causal de divorcio; posiblemente se haya sentado esta causal por varias razones, entre ellas podemos pensar en la persona que se casa con un hombre o mujer que está en la etapa de la senectud, y que la pareja joven lo

haga por dinero, es decir, lo haga motivado por un interés distinto al amor; sería injusto que una vez que se hubiera aprovechado de su pareja, que es de edad avanzada, y ahora promoviera el divorcio con base en esta causal. Además es una etapa a la cual todos vamos a llegar y de no haberse hecho la aclaración podría habersele dado mal uso a la causal e invocarla pretextando que su esposo, quien ya es un anciano, es impotente sexualmente; pudo hacerse esta reforma pensando más en la mujer, quien llega antes que el varón a la etapa en donde ya no puede procrear. La única pregunta que nos surge es ¿a partir de que edad se considera que una persona ya es de "edad avanzada"?

Por último resta analizar el deber de la "fidelidad", la falta a este deber también se convierte en una causal de divorcio, de acuerdo con el artículo 267 fracciones I y II que a la letra decían:

"Art. 267:

Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo."

Hoy en día la redacción de esas fracciones es la siguiente:

"Art. 267. Son causales de divorcio:

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II. El hecho de que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia..."

En estas fracciones, con la redacción antes y después del 25 de mayo del 2000, se refleja la sanción por su incumplimiento a este deber, ya que el adulterio implica infidelidad, así como dar a luz un hijo cuyo padre no es el marido.

Notamos la importancia de los deberes mencionados y podríamos pensar que cumplidos de manera cabal no podría dudarse de la paternidad del esposo de la madre, de acuerdo con lo establecido con el Código Civil vigente, así ocurre; sin embargo el legislador debió efectuar modificaciones, porque si consideramos las formas de reproducción no natural (mismas que

analizaremos más adelante y las cuales dan nombre al presente trabajo), aun cumpliendo los deberes mencionados no puede tenerse certeza de la paternidad del esposo de la madre.

## **i) PRUEBA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE CÓNYUGES**

Este subtema lo abordamos respecto a la maternidad de la esposa, de acuerdo al trato que se le daba antes de la reforma; pero ahora lo observamos desde el enfoque de la paternidad del marido. Cabe mencionar que antes y después de la reforma a la maternidad se le da el mismo trato que a la paternidad; en varios aspectos eran similares, pero en otros eran totalmente diferentes; en principio porque nuestro Código Civil consideraba que la maternidad se podía comprobar de manera directa, pues ésta se generaba por un hecho biológico, que era el nacimiento del hijo; en cambio la situación del padre era distinta porque su paternidad la basaba en meras presunciones; pero además debemos recordar que a lo largo del presente trabajo, hemos apuntado que nuestro Código Civil para el Distrito Federal consideraba cierta la maternidad, porque aún no tomaba en cuenta los avances científicos que se habían tenido en esta rama, es decir, las diferentes formas de reproducción no natural en las que ahora se apoya el hombre para traer nuevos seres a la vida. Sin embargo *a partir del 25 de mayo del 2000*, la reforma toma en cuenta las Técnicas de reproducción asistida; el problema está en que se generalizó demasiado, como si la forma común de procrear hijos fuera por medio de las técnicas de reproducción asistida.

Las pruebas de la filiación de hijos de matrimonio, las encontrábamos reguladas en el Título Séptimo Capítulo II del Código Civil; el artículo 340 establecía que: la filiación de los hijos de matrimonio “se probaba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de los padres”. Eran importantes ambos elementos para determinar si era hijo de matrimonio.

“La partida de nacimiento”. El nacimiento debía ocurrir en los plazos establecidos en el Código Civil, tal como se indica en el artículo 324; hay que recordar que era la presunción inicial para determinar que era hijo de matrimonio, si cumplía con este elemento se consideraba hijo de los cónyuges, por ende se presumía la paternidad del esposo.

El nacimiento en los tiempos requeridos era muy importante, porque teníamos dos situaciones que manejaba el Código:

I.- Los hijos que nacían después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; esto quería decir, que ese hijo había sido concebido antes del matrimonio de sus padres, por lo tanto aquí tendría que presentarse el acta de matrimonio para ostentarlo como hijo de matrimonio.

II.- El hijo que nacía dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Así, la importancia que tenían los tiempos hábiles era esencial, porque aquí más que presentar el acta de matrimonio, se debía presentar en la que se disolvía el mismo.

De igual forma, encontramos como segundo elemento “el acta de matrimonio y la constancia nacimiento”, era lo que iba a ayudar a tener por cierto que ese hijo era de los cónyuges, pues ya hemos mencionado los principios bajo los cuales se rige el matrimonio y en los cuales se sustentaba la presunción del artículo 324; por este motivo se exigía el acta de matrimonio, toda vez que el mismo era un acto jurídico que poseía requisitos para que fuera válido y existente, y en caso de carecer de alguno de estos requisitos podía traer como consecuencia su inexistencia; por lo que podría ser considerado el hijo como nacido fuera de matrimonio. Sin embargo no resultaba ser así, pues estudiaremos más adelante las posibilidades que existían para el hijo, cuando no habiendo acta o habiéndola y aun siendo defectuosa, el hijo pudiera ostentarse como de matrimonio. Con la reforma, el acta de nacimiento es la prueba medular para demostrar la filiación de los hijos, sean nacidos fuera o dentro de matrimonio (términos que ya no emplea el Código Civil vigente).

Las actas expedidas del Registro Civil son muy importantes (como las actas de matrimonio, nacimiento, reconocimiento de hijos, etc.). Las que son expedidas de acuerdo con los requisitos que establece la ley, hacen prueba plena tal como lo dispone el artículo 50 del Código Civil. De esta manera las actas de nacimiento resultan importantes, porque habiéndolas, ya no pueden retractarse los padres y decir que no lo son, sólo en algunos casos muy especiales como lo veremos más adelante. En este apartado vale la pena comentar los requisitos de las actas de nacimiento, esto con la finalidad de observar las medidas tomadas para tener por cierta la partida de nacimiento del hijo, es decir ¿se tomaba alguna medida para verificar que el hijo que se presentaba era realmente de la persona que lo presentaba?, ¿Era esa persona el padre o la madre del niño?, ¿El individuo que presentaba al niño,

era quien decía ser?, ¿Bastaba con que se presentara el acta de matrimonio (aunque no acudiera el padre) para considerar al hijo como de matrimonio?. Todas estas preguntas tienen una respuesta y muchas de ellas se contestan con los requisitos que el Registro Civil solicitaba para registrar a un niño. Antes de enunciarlos debemos aclarar que los datos aportados en el presente trabajo fueron dados por el Juzgado 27° del Registro Civil, ubicado en Jardín Alvaro Obregón No. 20, Colonia Barranca Seca, delegación Magdalena Contreras. Elegimos este Registro porque en esta delegación aún se dan casos en que la madre tiene al hijo con una partera y no en un hospital, de aquí que la pregunta sea ¿ y en este caso cómo se demostraba que el hijo era de la persona que lo presentaba?. Estas preguntas son necesarias porque además de las consecuencias de paternidad que se generaban, se habían tenido que tomar varias medidas por el aumento del tráfico de menores que se había venido dando.

Los requisitos de las actas de nacimiento eran los que a continuación enumeraremos:

- Si el niño tiene de 1 a 6 meses de edad se requería la siguiente documentación:
  - Constancia de alumbramiento
  - Acta de matrimonio de los padres (en caso de no ser casados comparecer ambos padres con su respectiva acta de nacimiento)
  - Identificación de los padres
  - Comprobante de domicilio
  - Dos testigos mayores de edad con identificación.
  
- Cuando el presentado tuviera de 6 meses a 17 años los requisitos eran:
  - Constancia de alumbramiento
  - Fe de bautizo o similar (si la hubiere)
  - Constancia de inexistencia de registro de nacimiento de la oficina central del lugar de origen
  - Identificaciones oficiales (escolares o médicos)
  - Acta de matrimonio de los padres (en caso de no ser casados, comparecer ambos padres con su respectiva acta de nacimiento)
  - Identificación de los padres
  - Comprobante de domicilio
  - Dos testigos mayores de edad

Como puede verse, la manera de asegurarse que el hijo era de la persona que lo presentaba, era por la constancia de alumbramiento; ésta garantizaría que esa persona dio a luz, por ende debía coincidir el

alumbramiento del hijo con el tiempo de nacido que tuviera; pero además, para asegurarse, se requería el acta de matrimonio en caso de ser casados; o con su respectiva acta de nacimiento, pues posiblemente podrían falsear su nombre, por eso además se le solicitaba una identificación. Resultaba trascendente el hecho de solicitar el acta de matrimonio, pues por el simple hecho de presentarse, podía considerarse que el hijo era de matrimonio sin que se requiriera la presencia de ambos padres, es decir, podía presentarse la madre sola y llevar su acta de matrimonio y considerar que el hijo era de matrimonio, y asentar el apellido de cada uno de los padres como lo solicitaba el Código Civil. Hoy en día, aún con la reforma del 25 de mayo del 2000, basta con presentar el acta de matrimonio para atribuir el hijo a los cónyuges; pues el artículo 60 establece que cuando no estén casados los padres deberán concurrir ambos personalmente o a través de sus representantes. Por como está la disposición en el código civil vigente, ya no es importante la constancia de alumbramiento. Aunque nosotros creemos que la regla general debió ser el engendrar sin ayuda de las técnicas de la reproducción asistida y la excepción el uso de estas últimas.

Si observamos son más los requisitos solicitados cuando el hijo tenía más de 6 meses de edad; esto es también por razones prácticas, pues, puede ser que por negligencia de los padres no se hubiera presentado al hijo; pero también puede ser robado el niño y contra eso hay que protegerse. La pregunta puede ser: ¿por qué esperar tanto para presentar el hijo al registro civil?; por ello esta institución debe cuidarse de los posibles fraudes que se puedan cometer, y no sólo se pedía la constancia de alumbramiento, sino también la fe de bautizo o algún documento similar. Y ¿por qué requerir este documento si sabemos que uno de los objetivos que tuvo el gran Don Benito Juárez fue separar la iglesia del Estado, entonces por qué no sólo aceptar la fe de bautizo sino además requerirla o alguna similar? Esto de similar quiere decir que de alguna otra religión, pero que equivalga a la fe de bautizo. Bueno, es cierto que uno de los principales logros y aciertos que tuvo el Benemérito de las Américas fue el de separar la Iglesia del Estado, pero también es cierto que el pueblo mexicano es (hasta la fecha) un gran devoto, y que en su mayoría es católico, y que posiblemente no lleven a sus hijos al Registro Civil, pero a la iglesia no dejan de presentarlos; en especial en Delegaciones como la Magdalena Contreras, son personas con gran apego a la religión católica. Por tal motivo previendo estas situaciones, se habían tenido que establecer este tipo de requisitos; otro de los que encontrábamos era la constancia de inexistencia de registro de nacimiento, ésta era expedida por cada una de las oficinas centrales del lugar donde nació. La del Distrito Federal se encuentra en Arcos de Belén y Dr. Andrade, Colonia Doctores, Delegación Cuauhtemoc; en ella se lleva control de todas las actas del D.F. Nuevamente aparece el acta de matrimonio de los

padres, así como su identificación, además del comprobante de domicilio, precisamente para evitar el robo de infantes y para que no hubiera facilidades que permitieran delinquir. A partir de la reforma, nos imaginamos que se puede establecer una multa a quienes incurran en este supuesto, pues el artículo 55 obliga al padre o a la madre, juntos o por separado, o faltando éstos a los ascendientes, a declarar el nacimiento dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.

La constancia de alumbramiento la expedía el hospital donde se tuviera al hijo; se señalaba el nacimiento del niño; el nombre de la mujer que lo tuvo; la hora y las características del menor. Ahora bien habíamos preguntado ¿qué ocurriría si el hijo fuera traído al mundo con ayuda de una partera?, ¿Qué se mostraba para acreditar que la persona que presentaba al menor era realmente quien lo tuvo?. Para ello lo que hacía el Registro Civil era lo siguiente: En el caso de las parteras, ya existía un control de éstas; no cualquier persona puede ostentarse como tal, pues cada una de estas personas cuentan con un Diploma y una credencial; así que cuando atienden un parto deben llevar sus papeles, entre ellos un documento expedido por salubridad, así como su credencial y debe rendir un informe. Con las reformas se establece un plazo de veinticuatro horas siguientes al nacimiento, en el que deben dar aviso del mismo (art.55 2º párrafo).

Para observar la importancia de las actas apuntamos la siguiente tesis. Además debemos mencionar que ésta tenía plena aplicación antes de la reforma publicada el 25 de mayo del 2000, ya que como hemos mencionado, se hacía la distinción entre hijos nacidos fuera de matrimonio y los nacidos dentro de él:

#### “ACTAS DEL REGISTRO CIVIL, FILIACION ESTABLECIDA POR LAS.

Todas las actas del Registro Civil en las que se asienta el nacimiento de personas constitutivas de ese nacimiento; así se trate de hijos de padres conocidos o desconocidos, de matrimonio, fuera de matrimonio o adulterio; jurídicamente la filiación es la relación de los hijos con los progenitores, y la ley ordena que esa relación jurídica se haga constar en las actas de nacimiento, mediante la expresión de los nombres del padre y de la madre del hijo registrado; esa expresión de los nombres de los padres en las actas de nacimiento es la prueba legal de la filiación; en consecuencia, las actas constitutivas de nacimiento que no establecen filiación ni son constitutivas de derechos de los hijos en relación con los bienes de sus progenitores, son solamente aquéllas en las que el registrado aparece como hijo de padres desconocidos, pero las actas de nacimiento de las personas en

que sí constan los nombres de los progenitores sí establecen filiación constitutiva de derechos del registrado en relación con sus progenitores, en tanto no se pruebe la falsedad del asiento respectivo en las actas correspondientes, según los artículos 39, 47 y 50 del Código Civil.”

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 16, Cuarta Parte. Página 13. Tesis Aislada.

Amparo Directo 50/69. Laura Castro Viuda de Ruvalcaba y Margarita Ruvalcaba de Sánchez. 3 de abril de 1970.

Con esta tesis se demuestra el valor jurídico que se le daba, y se da aún, a las actas del Registro Civil respecto a la filiación; no obstante quedaba (y queda aún) abierta la posibilidad de impugnar las actas del Registro Civil, esto cuando se impute que son producto de una falsificación y la inserción en ellas de circunstancias o declaraciones prohibidas; en cuyo caso el juez del Registro Civil será sancionado con la destitución, además de cumplir con la pena aplicable al delito de falsificación y la indemnización por daños y perjuicios (artículo 46 del Código Civil para el Distrito Federal vigente).

Debemos agregar que hay que distinguir entre falsificar e insertar circunstancias o declaraciones prohibidas por la ley y los vicios o defectos que tengan las actas; la falsificación es un delito que prevé el artículo 243 y 244 del Código Penal para el Distrito Federal, cuya redacción es la siguiente:

“Artículo 243:

El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos, con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos sesenta días multa. En el caso de documentos privados, con prisión de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días de multa. Si quien realiza la falsificación es un servidor público, la pena de que se trate, se aumentará hasta en una mitad más.”

La tipificación del delito aparece en el artículo 244 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

“El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

- I. Poniendo una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria, o alterando una verdadera;

- II. Aprovechando indebidamente una firma una rúbrica en blanco ajena, extendiendo una obligación, liberación o cualquier otro documento que pueda comprometer los bienes, la honra, la persona o la reputación de otro, o causar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero;
- III. Alterando el contexto de un documento verdadero, después de concluido y firmado, si esto cambiare su sentido sobre alguna circunstancia o punto sustancial, ya se haga añadiendo, enmendado o borrando, en todo o en parte, una o más palabras o cláusulas, o ya variando la puntuación;
- IV. Variando la fecha o cualquiera otra circunstancia relativa al tiempo de la ejecución del acto que se exprese en el documento;
- V. Atribuyéndose el que extiende el documento o atribuyendo a la persona en cuyo nombre lo hace, un nombre o una investidura, calidad o circunstancia que no tenga y que sea necesaria para la validez del acto;
- VI. Redactando un documento en términos que cambien la convención celebrada, en otra diversa en que varíen la declaración o disposición del otorgante, las obligaciones que se propuso contraer o los derechos que debió adquirir;
- VII. Añadiendo o alterando cláusulas o declaraciones, o asentando como ciertos hechos falsos, como confesados los que no lo están, si el documento en que se asientan se extendiere para hacerlos constar como prueba de ellos;
- VIII. Expidiendo un testimonio supuesto de documentos que no existen; dándolo de otro existente que carece de los requisitos legales, suponiendo falsamente que los tiene; o de otro que no carece de ellos, pero agregando o suprimiendo en la copia algo que importe una variación sustancial...”

El insertar circunstancias o declaraciones prohibidas por la ley, sería decir que es hijo de determinada persona, cuando se asentara que es “hijo incestuoso”, “hijo sacrílego”, etc.

Los vicios o defectos, puede ser que se haya puesto una letra por otra o que falte alguno o el segundo apellido del padre.

Señala el artículo 47 del Código Civil vigente, que si estos vicios o defectos no son substanciales no producirán nulidad del acto, a menos que judicialmente se pruebe la falsedad de éste; pero en ese caso ya no estaríamos en esta hipótesis sino en la anterior; puede darse como ejemplo de cambio substancial del acta, la siguiente tesis emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito:

“RECTIFICACION DE ACTAS DEL REGISTRO CIVIL, ES INOPERANTE CUANDO IMPLICA CAMBIO DE FILIACION DEL REGISTRADO. No debe determinarse en un juicio de rectificación, el establecimiento de una filiación, porque dicho juicio no es el medio adecuado que sustituya la investigación de la paternidad o de la maternidad, en su caso, puesto que el juicio de rectificación estriba sólo en modificar el acta del estado civil, cuando los elementos de ella no coincidan con la realidad de los hechos.”

Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XV-II Febrero. Tesis VI.1º.190C. Página 508. Tesis Aislada.

Amparo Directo 142/89. José Fidel Fernández Luna. 16 de agosto de 1989.

Así pues es clara la tesis al señalar que: “... el juicio de rectificación estriba sólo en modificar el acta del estado civil, cuando los elementos de ella no coincidan con la realidad de los hechos”; así que pretender por este medio cambiar su filiación no es válida, como dice la tesis, para ello existe la investigación de la paternidad (que estudiaremos más adelante) o de la maternidad.

Las actas del Registro Civil son muy importantes porque demuestran el estado civil de las personas (art.39 del código civil vigente) y son las únicas admitidas por la ley; pero además las actas del Registro Civil ayudan a demostrar 3 atributos de la personalidad:

- Estado Civil;
- Nacionalidad
- Nombre

El Estado Civil. Cuando se está casado se debe presentar el acta de matrimonio.

El acta de nacimiento, señala la Nacionalidad que posee la persona cuyo nombre aparece en ella; hay una serie de requisitos a los cuales se debe ajustar para establecer la nacionalidad mexicana, mismos que aparecen en el artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ahora bien, el Nombre es otro atributo de la personalidad; toda persona tiene derecho a tener nombre; y es tan cierta esta afirmación que el legislador establece mecanismos para satisfacer esta necesidad, por ello ordena que el

acta de nacimiento tenga el nombre y los apellidos que le correspondan al sujeto (art. 58). El nombre será aquél que los padres le pongan; y los apellidos, serán el primer apellido paterno del padre y el segundo será el primer apellido de la madre, con lo cual, además, se demuestra la filiación porque el padre reconoce al hijo y una vez hecho esto no puede retractarse. Pero como se mencionó todos tenemos derecho a tener un nombre, por eso el legislador estableció que en caso de ser hijo de padres desconocidos no por ello va a carecer de apellidos y de patronímico; ya que el Código Civil ordena que en estos casos que el Juez del Registro Civil está obligado a ponerle nombre y apellidos al niño presentado, asentando estas circunstancias en el acta(art. 58 del código civil vigente).

## ii) PRUEBA DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO

En caso de que falten actas o si son defectuosas, incompletas o falsas, el Código Civil establece que se puede probar la filiación de los hijos con la posesión constante de estado de hijo. Antes del 25 de mayo del 2000, esta prueba era exclusiva de los hijos nacidos dentro de matrimonio; e incluso del Código Civil, en su artículo 341 decía: "A falta de actas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión...". *Con la reforma* queda amplia la posibilidad, así pues cualquier hijo puede valerse de esta prueba para probar la filiación, aunque sus padres no hayan contraído matrimonio. El artículo 341 del código civil vigente para el Distrito Federal tiene la siguiente redacción: "A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse prueba".

Hay una tesis aislada que nos explica la evolución de la prueba de la filiación, hasta antes del 25 de mayo del 2000, respecto de las personas que no presentan las actas de matrimonio.

**"HIJOS LEGÍTIMOS, PRUEBA DE LA FILIACIÓN.** El artículo 308 del Código Civil de 1884 fue modificado por la Ley de Relaciones Familiares, por medio de su artículo 160; pero se mantuvo la misma tesis de que la filiación de los hijos legítimos se probaba por la partida de nacimiento, y en caso de que no hubieran existido registros, o se hubieran perdido, o estuviesen rotos o borrados, o faltaren las hojas en que se pudiera suponer que estaba el acta, se podía recibir prueba del acto por instrumentos o testigos. El legislador de 1928 cambió la redacción del precepto correlativo. El artículo 340 dispone que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida del nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres, y el artículo siguiente, o sea el artículo 341, establece que a falta de actas, o si fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará la filiación con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. Este precepto ya hace referencia a la falta constante de registros porque aún no se hubiera establecido la institución del Registro Civil; ni a que los registros estuviesen borrados o estuviesen destruidas las hojas en que se contenía el acta, sino que simple y sencillamente dispone: "A falta de actas", y esta expresión no significa sino que el legislador, dados los antecedentes legislativos, las censuras que motivó la reforma de 1884 y las nuevas tendencias a facilitar la prueba de la filiación, quiso que el precepto tuviera aplicación, sea el motivo que fuere por el que faltaren las actas del Registro Civil. En efecto, los antecedentes legislativos hacen concluir que la diferente redacción empleada en el artículo 340 del Código Civil vigente, al estatuir sobre la misma materia que el artículo 308 del de 1884, no fue causal, sino deliberada, y que consecuente el legislador con los propósitos generales de la nueva legislación civil, entre otros el de liberar a los hijos de las injustas consecuencias de negligencia o culpas de sus padres, eliminó la restricción establecida por el mencionado artículo 308."

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época. Volumen XIII, Cuarta Parte. Página 217. Tesis Aislada.

Amparo directo 3082/57. Sucesión de Dolores Llera Guzmán. 2 de Julio de 1958.

Con esta tesis observamos el alcance que tenía el artículo 341 y vemos que se podía ostentar como hijo de matrimonio cuando, sea cual fuere la razón, no se pudiera presentar el acta de matrimonio.

La primera pregunta que puede surgir es ¿qué es posesión de estado de hijo?

#### Posesión de Estado:

"1. El estado es la situación jurídica en que se encuentra una persona en relación a los restantes miembros de la comunidad. Ese estado puede ser político o civil según el ámbito en el que se pretenda desenvolver el concepto"<sup>33</sup>

Del art. 343 podemos desprender una definición respecto a la Posesión de Estado de hijo. Antes de la reforma era cuando: "...un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio...". Con la reforma, se da la Posesión de Estado de hijo tratándose de: "...un individuo que ha sido reconocido constantemente como hijo...", como puede notarse desaparece el término de "hijo de matrimonio".

El autor Antonio Cicu señala que para tener por cierta la posesión de Estado hay que reunir los siguientes elementos, cabe aclarar que a partir de la reforma se considera que "la madre no siempre es cierta" y las pruebas que hay para el padre, se le dan a la madre, entonces se modifica un poco; entonces los elementos que da Cicu son aplicables para antes de la reforma y después, pero con variantes:

"que el individuo haya llevado el apellido del padre que pretende tener; (Nomen)  
que el padre lo haya tratado siempre como hijo suyo, y haya atendido en calidad de tal a su manutención y educación; (Tractus)  
que haya sido constantemente reconocido como tal por la sociedad;  
que haya sido reconocido como tal por la familia."<sup>34</sup>(Fama)

En resumen estos elementos constitutivos de la posesión de Estado son: Nomen, Tractus y Fama. Para el autor Antonio Cicu, sólo podía considerarse que hay posesión de Estado cuando se reunieran estos tres elementos, porque de lo contrario podría caerse en error: "... Si resultase que el hijo lleva un nombre que no es el de aquel que él afirma ser su padre, esto constituiría una presunción de que no era su hijo legítimo. ¿Cómo no exigir, por consiguiente, ante todo y por parte del hijo, la prueba del nombre?"

<sup>33</sup> "Enciclopedia Jurídica OMEBA". Tomo XII, PENI-PRES. Editorial Libros Científicos. Argentina. 1991. Pág. 683.

<sup>34</sup> CICU, Antonio. Op. Cit. Pág. 31.

Y aun cuando el nombre coincida, ¿puede bastar esto para probar la filiación, si se tiene en cuenta la frecuencia de las homonimias? Aun concurrente en este caso la prueba del reconocimiento por la sociedad, bien pudiera ésta haber sufrido engaño por el uso arbitrario que el hijo hacía de un nombre de familia ajeno. No nos parece, pues, que se pueda prescindir en ningún caso de la prueba del nomen y de la de tractus... La misma definición exige que se demuestre, además de la relación de filiación, la de parentesco; relación que sólo puede probarse por medio del tercer elemento, la fama: de modo que se deberá probar incluso el reconocimiento por parte de la familia, que hace verosímil que la relación de la filiación no es obra artificial de los padres.<sup>35</sup> Sin embargo dentro de nuestra legislación mexicana no era necesario que concurrieran los tres elementos (nombre, trato y fama) como lo consideraba el autor Antonio Cicu.

“ Artículo 343(antes de la reforma):

Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, quedará probada la posesión de Estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende, que es su padre, con anuencia de éste;
- II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y
- III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361.”

*Después del 25 de mayo del 2000, la redacción es la siguiente:*

Art.343. “Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.”

---

<sup>35</sup> CICU, Antonio. Op Cit. Pág. 32.

La edad que exige el artículo 361 es la misma que se establece para contraer matrimonio. Antes de la reforma eran dieciséis años cumplidos para el hombre y catorce para la mujer (art. 148), más la edad del hijo reconocido, por ejemplo: si el hijo o hija tenía cinco años, el padre debería tener veintiún años cumplidos y la madre diecinueve años por lo menos. Después de la reforma señala que sean mayores de edad, pero no se da una edad concreta.

De la lectura del artículo 343, antes de la reforma, se desprendía la existencia de una constante, el elemento de "la fama"; pues el primer párrafo del citado artículo exigía que hubiera "sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad". Después de la reforma, el elemento de "la fama" sigue siendo un requisito, sólo que se vuelve más amplio, porque como se desprende del primer párrafo del artículo 343, se establece que haya "sido reconocido constantemente por la familia del padre, de la madre en sociedad..."; entonces notamos que antes sólo se requería que se le reconociera como hijo por "la familia del marido y en la sociedad", y ahora se agrega la familia de la madre. Los hermanos Mazeaud hacen una aclaración respecto de cómo se debe interpretar la palabra "constantemente", señalan que podría entenderse como "sin interrupción" o como "cierto", determinan que "no debe entenderse como sin interrupción" pues sería muy complicado para el hijo o hija demostrar tal situación, sobre todo si han cambiado varias veces de residencia; no se debe olvidar que el artículo 343 exige que el hijo o hija sea considerado como tal por "la familia y la sociedad", por ambos. Así que en la situación planteada por los Mazeaud, observaremos que existe la posibilidad de presentar a los familiares para declarar que reconocen a la persona; pero respecto a la sociedad, cómo comprobar que lo considera como hijo o hija cuando se ha cambiado de domicilio frecuentemente. Por estas razones los Mazeaud determinan que la palabra "constantemente" debe interpretarse como "cierto", es decir, "no dudoso".<sup>36</sup> Continuando con la lectura del artículo 343, ya se dijo que se debe cumplir siempre con el requisito de la fama, pero que no es necesario que se cumplan los tres elementos que el profesor Cicu considera que siempre deben aparecer: Fama, Trato y Nombre El artículo 343 claramente establece que queda probada la posesión de estado de hijo de matrimonio "si además concurre alguna de las circunstancias siguientes..."; esto es que basta con que al elemento de la "fama" se le sume un elemento más para que se considere totalmente probada la posesión de estado de hijo de matrimonio; pueden darse las siguientes hipótesis, antes de la reforma:

---

<sup>36</sup> MAZEAUD, Henry, Leon y Jean. Op. Cit. Pág. 263.

Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que se pretende es el padre (Nomen). *Después de la reforma* se requiere que el hijo haya “usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y madre” (Nomen). Precisamente como se pretende imputar la paternidad o maternidad, se deben ostentar los apellidos de ellos para poder asegurar que se es hijo de esas personas. No perdamos de vista que ahora como “la madre no es cierta”, estas pruebas son las adecuadas para probar tanto la maternidad como la paternidad; a diferencia de antes de la reforma, donde estas pruebas eran exclusivas para demostrar la paternidad. Si el hijo no contaba con el elemento de “la fama”, antes de la reforma, podía acreditar que lo hubieran tratado como hijo nacido de matrimonio, ya sea porque se le proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento (trato). Cabe señalar que este elemento solo, no podría servir para acreditar la posesión de estado de hijo, pues claramente el artículo 387 establece, hasta la fecha, que: “El hecho de dar alimentos no constituye por si solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas...”; debe estar acompañado elemento de fama con el de trato para que sea totalmente válido. A partir de la reforma, esta fracción también se modifica, quedando que (además de elemento de “la fama”) se necesita que el padre o la madre lo traten como hijo; y la manera de hacerlo es proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. Notamos que la redacción es similar sólo que se agrega a la “madre”, como persona que da trato de hijo, dándole alimentos. Por último, se establecía la hipótesis de que fuera reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad; y que el presunto padre tuviera la edad exigida para contraer matrimonio (de por lo menos dieciséis años), más la edad del hijo o hija reconocida. Pero con la reforma, el cambio se da en cuanto a no hacer referencia sólo al “padre”, sino “al padre” y “madre”, que ambos tengan la edad exigida para contraer matrimonio. Entonces se podrá acreditar la posesión de Estado de hijo también, cuando haya sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre y la madre en sociedad; además de que cuenten, el padre y la madre, con la edad exigida para contraer matrimonio (ser mayor de edad).

### **iii) PRUEBA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE CÓNYUGES RECURRIENDO A MEDIOS DISTINTOS DE LOS ANTERIORMENTE MENCIONADOS**

El propio artículo 341 abre la posibilidad de presentar pruebas distintas a las ya estudiadas. Antes del 25 de mayo del 2000, el artículo 341 decía que:

“...En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba, por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que consideren bastante graves para determinar su admisión...”. Después del 25 de mayo del 2000, la redacción se modificó para introducir, como admisibles, las pruebas que el avance de los conocimientos ofrezcan: “... son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen...”

Así que el artículo 341 señala, que si no se tiene la posesión de estado de hijo de matrimonio y por ende se carece de las actas que solicita el artículo 340, entonces la filiación podrá demostrarse con “todos los medios de prueba que la ley autoriza”, la pregunta es: ¿cuáles son los medios de prueba que la ley autoriza?. Para contestar la presente pregunta nos remitimos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (que es la ley adjetiva que regula los procedimientos jurídicos a los que deben sujetarse los conflictos que surjan con motivo de la aplicación del Código Civil para el Distrito Federal), las pruebas están reguladas en el Título Sexto del Capítulo II al Capítulo VII del Código de Procedimientos Civiles. Para poder responder a la pregunta efectuada citaremos el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que textualmente dice:

“Son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos.”

De tal manera, podemos presentar todas las pruebas que creamos necesarias para demostrar nuestro dicho, en este caso, para probar la filiación de hijo de matrimonio de un hombre al que se señala como padre; el artículo citado se complementa con el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

“Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.”

Esta es la posibilidad que existe de presentar a todo tipo de personas o documentos o “cualquier otra cosa” para demostrar, en este caso, la filiación. La única limitación establecida en la ley es que no sean pruebas prohibidas por ella, esto se debe a que en casos concretos se prohíbe ofrecer o realizar

determinadas pruebas, como es el caso de la investigación de la filiación materna de un hijo respecto de una mujer quien está casada con un hombre distinto al padre (mientras el marido no lo desconozca); tampoco se aceptan pruebas contrarias a la moral, según este artículo. Entonces, el camino de la pruebas es muy amplio y deja abierta la posibilidad de presentar cualquier tipo para demostrar lo afirmado. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece pruebas en particular, que no limitan el ofrecimiento de la prueba, pues se puede presentar la que sea necesaria para acreditar lo dicho. Las pruebas reguladas por el Código de Procedimientos Civiles son: la confesión, la prueba instrumental, la prueba pericial, el reconocimiento o inspección judicial, la prueba testimonial, las fotografías, las copias fotostáticas y demás elementos y presunciones. Pero la prueba testimonial tiene un tratamiento distinto (de acuerdo con el artículo 341 del Código Civil vigente), pues en principio está prohibida y sólo se puede admitir cuando haya un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos. De lo anteriormente expuesto citamos una tesis aislada para fundamentar lo explicado; es menester señalar que esta tesis se aplicaba por completo a las reglas del Código Civil, antes de la reforma del 25 de mayo del 2000, pues considera al artículo 340 en sus antiguos términos:

**"FILIACION DE LOS HIJOS LEGITIMOS, PRUEBA DE LA, A FALTA DE ACTAS DEL REGISTRO CIVIL.** El artículo 340 del Código Civil, vigente en el Distrito y Territorios Federales, establece que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres; y el artículo 341 del mismo ordenamiento dispone que a falta de actas o si estas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio; en defecto de esa posesión, son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza pero la testimonial no es admisible, si no hubiere un principio de prueba por escrito, o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Ahora bien, debe estimarse que la copia certificada del acta de nacimiento del quejoso, el acta de bautizo de la autora de la sucesión, cotejada por notario, y la declaración de los testigos, son pruebas idóneas para justificar el nacimiento de la de cujus, que ésta fue hija de los mismos padres del quejoso y, por consiguiente, que el último fue hermano de aquélla. En efecto, la prueba testimonial debe tomarse en cuenta, por existir principio de prueba por escrito, como lo es el acta parroquial de que se trata, y sería injusto que si por cualquier circunstancia los padre omitieron presentar a sus hijos en el Registro Civil para que se levantara el acta de nacimiento, tal omisión recayera en perjuicio de estos últimos, por lo que debe admitirse que en tales casos, si puede comprobarse el acto por

instrumentos o testigos, pues así debe interpretarse la frase a falta de actas, contenida en el artículo 341 del Código Civil.”

Tercera Sala. Seminario Judicial de la Federación. Quinta Epoca. Tomo CII. Página 1536. Tesis Aislada.

Amparo Civil en revisión 8691/42. García Herrera José. 17 de noviembre de 1949.

Como se puede apreciar, en esta tesis se aceptan como pruebas el acta de bautizo de la autora de la sucesión, la copia certificada del acta de nacimiento del quejoso y junto con éstas se aceptó la prueba testimonial, toda vez, que se tomó como prueba por escrito (que es lo solicitado por el Código Civil vigente para el Distrito Federal para aceptar la testimonial), el acta parroquial (con esto podemos observar que se admiten todo tipo de pruebas, hasta la fecha). Así encontramos otra tesis que sirve como ejemplo para entender que en nuestro sistema mexicano se admite todo tipo de prueba para comprobar el dicho de una persona, en el presente caso la filiación; entre ellas la prueba testimonial, con ciertas restricciones que ya hemos mencionado, por ello no se debe confundir lo que se trata de demostrar:

“FILIACION DE LOS HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO, PRUEBA DE LA, FALTANDO EL ACTA DEL REGISTRO. El artículo 341 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, permite que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, cuando falten las actas respectiva, se pruebe por medio de la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio y a falta de esa posesión, por todos los medios de prueba que la ley autoriza; pero la testimonial no es admisible, si no hubiere un principio de prueba escrito, con los indicios o presunciones a que se refiere el citado artículo 341. Por tanto, si para acreditar esa filiación, el interesado negó que hubiera actas del registro, constancias parroquiales debidamente cotejadas por notorio y la autoridad responsable no dio a esas constancias el valor de prueba plena, sino que las tomó como un principio de prueba escrita, para aceptar la prueba testimonial que las complementaria, no puede decirse que este proceder haya sido violatorio de los artículo 327, fracción VI, y 412 del Código de Procedimientos Civiles de la entidad citada, porque no se encontraba en el caso de la prueba del estado civil de una persona, sino de su filiación como hijo nacido de matrimonio, sin que pueda estimarse tampoco que el interesado estaba obligado a probar el hecho negativo de la falta de actas del Registro Civil y la posesión de estado de hijo legítimo.”

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca. Tomo LXXI. Página 5898. Tesis Aislada.

Amparo civil en revisión 6103/41. Secretaría de la Asistencia Pública. 26 de marzo de 1942.

Se pueden notar las aclaraciones que se efectúan, como lo son, que las constancias parroquiales podrían servir para demostrar el estado civil de una persona; pero no así la filiación como hijo nacido de matrimonio; sin embargo, las constancias parroquiales no resultan nulas, pues sirven como prueba escrita para poder aceptar la prueba testimonial cuya función será complementaria.

Conforme a lo comentado (fundamentado en los artículos 278 y 289 del Código de Procedimientos para el Distrito Federal), estudiamos que se acepta todo tipo de pruebas para mostrar lo sustentado; por ello encontramos que al dirimir conflictos, el órgano judicial ha acatado lo ordenado por la ley, así encontramos la siguiente tesis:

**"GASTOS MEDICOS OCASIONADOS POR EL ALUMBRAMIENTO. LA CONTRIBUCION PARA SUFRAGARLOS HACE PRESUMIR LA PATERNIDAD CUANDO NO SE PRUEBA POR QUE SE EFECTUO.**

Si esta demostrado fehacientemente que el presunto padre contribuyo para hacer frente a los gastos médicos con motivo del alumbramiento, sin que pruebe haberlo hecho por la fuerza, con engaños o por algún otro motivo, es lógico pensar que esa actitud implica un reconocimiento tácito de la paternidad, pues no se explica de otro modo que siendo ajeno al problema se solidarice efectuando un desembolso."

Tercera Sala. Informes. Séptima Epoca. Informe 1987, Parte II. Página 231. Tesis Aislada.

Amparo directo 3663/86. Rodolfo Morones Bravo. 22 de enero de 1987.

Amparo directo 1962/85. Santiago George González Menor. 14 de abril de 1986.

Cuan amplia se establece esta posibilidad de presentar pruebas, pues encontramos como antecedente importante que el hecho de cubrir los gastos médicos ocasionados por el parto, es prueba suficiente para "presumir la paternidad" de un sujeto. Sin embargo, la tesis no deja de ser peligrosa,

porque, conociéndola, ¿qué varón compadecido de una parturienta en la penuria se atrevería a desembolsar los gastos del alumbramiento?

Así como se le abre el camino al particular para aportar pruebas en la materia de filiación, también por necesidad y para no cometer injusticias, el órgano judicial en interpretación de un caso concreto, determina que no se puede exigir un elemento el cual sería imposible demostrar, como es el caso de las relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, de semejante forma se manifiesta la siguiente tesis:

**"PATERNIDAD, INVESTIGACION DE LA. NO ES NECESARIO QUE SE DEMUESTREN LAS RELACIONES SEXUALES.** La prueba de que los contendientes hayan sostenido relaciones sexuales no es imprescindible para pronunciarse sobre la paternidad, pues por la intimidad y por el secreto que suelen rodear a los momentos y lugares en que se producen, es muy difícil, si no imposible, demostrarlas. Ahora bien, frente a este obstáculo, se encuentra un ser humano en cuyo bienestar tiene interés la sociedad y el Estado, de aquí que, para averiguar la verdad, es válido recurrir a otros medios, contemplando la realización de ciertos hechos o actitudes, cuyo enlace más o menos lógico y natural permita conocer quién es el autor de la paternidad controvertida. Si la prueba de que existió contacto carnal fuere condición indispensable para pronunciarse sentencia, en gran número de casos la acción de la justicia quedaría paralizada y el hijo no deseado, se vería condenado, sin tener culpa, a perder el derecho de ser reconocido y protegido por quien irresponsablemente participó en el evento de su concepción."

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volumen 217-228 Cuarta Parte. Página 234. Tesis Aislada.

Amparo directo 3663/86. Rodolfo Morones Bravo. 22 de enero de 1987. Séptima Época, Cuarta Parte: Volúmenes 205-216, pág 129. Amparo Directo 1962/85. Santiago George González (menor). 14 de abril de 1986.

La ciencia avanza y al paso de los años se han conseguido crear pruebas para tener la certeza de que la persona a quien se señala como el presunto padre o madre lo es. *Dentro de la reforma del 25 de mayo del 2000*, se establece que se admiten como pruebas "aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen"; posiblemente no era necesario introducir este párrafo, pues como vimos el artículo 278 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal autoriza "cualquier prueba" para demostrar lo

dicho y, como hemos comentado, a los particulares "lo que no les está prohibido, les está permitido"; entonces como la ley no expresaba la prohibición de ofrecer las pruebas que podían presentarse éstas. Así, antes de la reforma, encontrábamos que tratándose de los hijos nacidos fuera de matrimonio se admitía la investigación de la paternidad, pero también tratándose de hijos nacidos dentro de matrimonio se aceptaba la prueba de la investigación de la paternidad. Hoy en día no hay distinción entre este tipo de hijos y se admite para ambos. El límite que tenía, era cuando se trataba de un hombre distinto al marido, entonces éste debía desconocer al hijo para que pudiera realizarse la investigación, tal como lo apunta la siguiente tesis:

"LEGITIMACION ACTIVA DEL QUE SE OSTENTA COMO PROGENITOR DEL HIJO NACIDO DE MUJER CASADA, Y CONTRADICE LA PATERNIDAD DEL EX CONYUGE DE ESTA. Si el que reclama ser el padre del hijo de mujer que estaba casada con el tercero perjudicado al momento del nacimiento del menor, pide que se le reconozca la calidad de padre natural del hijo, alegando que la madre de éste se ha divorciado y se ha casado con él, viviendo en familia, en la que el menor recibe el tratamiento de hijo legítimo y, además, apoya su pretensión en la prueba Inmunológica de Determinación de Antígenos de Histocompatibilidad, de alta certeza en el diagnóstico de la herencia genética, deben admitirse las pruebas que aporta, para que, de acuerdo con su correcta valoración, se resuelva respecto a la legitimación del promovente y el fondo de la litis, decidiendo si queda o no desvirtuada la presunción legal establece el artículo 324 del Código Civil, a favor del ex cónyuge de la madre de la menor, criterio que se apoya en lo dispuesto por los diversos artículo 63, 325 y 374 del mismo ordenamiento, con la consideración de que el legislador reconoce que la prohibición de investigación de la paternidad de hijo de mujer casada, admite excepciones, a las que se suma ésta que se contempla en la especie, apoyándose, para establecer el criterio, en los valores que declara proteger el legislador, respecto de la familia, en la exposición de motivos al citado ordenamiento legal."

Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Epoca. Tomo II, Agosto de 1995. Tesis I9o.C.18C. Página 549. Tesis Aislada.

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.  
Amparo directo 2379/95. Gustavo Romero López. 25 de mayo de 1995.

En esta tesis observamos una prueba que los avances científicos habían ofrecido, cuya denominación es "Prueba Inmunológica de Determinación de Antígenos de Histocompatibilidad", la cual sirve para investigar la paternidad. Aunque el Código Civil no decía expresamente que se admitía, y tampoco la rechazaba; esta prueba y otras que sirven para investigar la paternidad están explicadas a detalle en el punto 2.D, inciso b del presente trabajo, de la página 126 a la 140.

#### **iv) LA FILIACION DEL HIJO DE UNA MUJER CASADA QUE NO COHABITA CON SU MARIDO.**

Necesitamos efectuar un comentario; antes de estudiar este tema y señalar que aunque se modifica el artículo 63 del Código Civil (que le da razón de ser a este título), resulta importante observar la obligación de cohabitar que tienen los cónyuges. Por ello analizaremos este tema, aunque no aparezca el señalamiento en el artículo indicado.

Para poder estudiar este subtema es necesario observar varias situaciones para discernir si la paternidad del hijo procreado pertenece al marido o a otro sujeto. Para ello tomaremos en cuenta los siguientes elementos.

- El tiempo del nacimiento para poder determinar si fue procreado, en lo que hemos llamado tiempo hábil, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.
- La posibilidad de convivencia sexual entre los supuestos cónyuges; o el uso de las técnicas de reproducción asistida mediando consentimiento expreso.

El hecho de que la mujer no cohabite con su marido puede generar las siguientes cuestiones:

- ¿Es el marido el padre del hijo cuando los cónyuges han estado separados por razones de divorcio o nulidad del vínculo matrimonial o en caso de muerte del marido?; en estos casos, ¿no puede asegurarse que los cónyuges han cumplido con los principios, que ya hemos estudiado, aún cuando no existiendo, es posible que haya una presunción de certeza de la paternidad de los hijos de los cónyuges?

- ¿A quién se le atribuiría la paternidad del hijo de una madre que se ha divorciado y que contrae segundas nupcias con una persona distinta al primer marido, si la celebración del segundo matrimonio se ha efectuado antes de que se cumpla el plazo de los trescientos días?

En la primera pregunta podemos responder lo siguiente:

El artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece que se presumen hijos de los cónyuges a los que nacen, en lo que hemos llamado tiempo hábil; es decir, que aquéllos que nacen, dice la fracción II, durante los trescientos días después de disuelto el vínculo matrimonial; ya sea por nulidad, muerte del marido o divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge, contado el término, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial; pero en el caso de la muerte del marido queda una laguna porque no se especifica a partir de cuándo se cuenta el término, antes decía el artículo que a partir de que hubiera ocurrido la muerte del marido. Tomamos la fracción II porque estamos ante la disolución del vínculo matrimonial, ya sea por el divorcio, la nulidad o la muerte del marido, pues entonces se puede afirmar que no cohabita la pareja.

Si tomamos como base este artículo, podemos determinar que si el hijo nace antes de que concluya el plazo de los trescientos días, entonces estamos ante un hijo concebido por la pareja, esto debido a la presunción del citado artículo 324; pero, ¿si el marido no está conforme con la presunción?. Pues como se mencionó en la pregunta, ¿qué pasa con los principios que sirven de base a la presunción?. Cuando se rompe por completo con uno de los principios como el de cohabitar, entonces ¿cómo puede presumirse que el hijo sea del marido? Esto se debe a que se presume que posiblemente antes de separarse los cónyuges pudieron haber tenido relaciones sexuales; aunque si bien es cierto, no puede garantizarse esa posibilidad, tampoco puede descartarse, a este respecto debe agregarse, como ya se transcribió, no es necesario demostrar las relaciones sexuales por la naturaleza de las mismas, toda vez que estas se producen en la intimidad sin testigos. En México la separación de las personas está regulado en el art.282 del Código Civil vigente, con la reforma quedó aquí, pues anteriormente estaba regulado en el Título Quinto, Capítulo III del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuya base era el artículo 282 fracción II del Código Civil. La fracción I del Código Civil determina que:

“Art 282. Desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

- I. La separación de los cónyuges. El juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cual de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que éste dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia...”

Como puede notarse, alguno de los cónyuges va a permanecer en el uso de la vivienda y el otro se marchará de la misma; pero deberá informar el lugar en el que reside.

Es cierto que el hecho de permanecer en el domicilio conyugal no garantiza fidelidad; pero para algunas legislaciones en su tiempo hubiera equivalido a una garantía de fidelidad y por ende a que en caso de quedar embarazada la esposa, sólo podría corresponder la paternidad al marido; de tal suerte, la legislación argentina señalaba que la mujer debería ser depositada en una casa honesta, tal como lo apunta el autor Julio J. López del Carril, “Depósito significa: “... el hecho real de que la mujer ha de quedar en un lugar determinado, sin poder abandonar ese lugar. Y este lugar ha de ser una casa honesta, es decir, decente, decorosa, donde haya recato pudor, donde no se apañen relaciones o situaciones reñidas con la moral...”<sup>37</sup>. Si observamos, esta medida era con el fin de que en caso de un embarazo no hubiera lugar a dudas de la paternidad del hijo; sin embargo debemos reconocer los grandes defectos que tenía dicha medida, pues prácticamente se tenía a la mujer como prisionera, ya que se señala que se estaba en ese lugar sin poder abandonarlo; también es criticable que, si realmente era honesto ese lugar, ¿quién lo calificaba, bajo qué bases?, y por último, ¿se vulneraban los derechos humanos de la mujer, sólo por ser mujer?. *Con la reforma* lo que se hace es tener conocimiento del lugar en el que se encuentran los cónyuges e incluso poder determinar con quién o si tienen alguna relación personal, íntima con la persona del lugar en el que se quedan.

---

<sup>37</sup> LOPEZ DEL CARRIL, Julio J. “Derecho de familia”. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1984. Pág. 313.

Hoy en día en nuestra legislación, el legislador ha debido presumir una situación que no puede ser descartada, como que el padre sea el marido, pues los cónyuges pudieron tener relaciones sexuales antes de separarse; sólo podría dudarse de esa situación si el marido sufre de imposibilidad física y no medie consentimiento expreso en el uso de técnicas de fecundación asistida o si ha contraído segundas nupcias. Antes de la reforma se hablaba de un plazo de trescientos días; sin embargo ahora ya no importa porque en el artículo 289 se establece que "En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer matrimonio", y en caso de que se llegara a hacer, el hijo se le atribuirá al nuevo marido (de acuerdo con el artículo 324 del Código Civil). En todo caso, siempre queda abierta la posibilidad de promover el desconocimiento de la paternidad.

En esta pregunta queda un punto que nos inquieta, ya que se refiere a la filiación del hijo de una mujer que no cohabita con el marido porque éste ha fallecido, pues se prevé la posibilidad de que cause efectos la concepción de ese hijo, cuando suceda un acontecimiento tan terrible y lamentable como éste. Sin embargo hay que cuestionar sobre este punto, el legislador prevé esta situación, y toma en cuenta los avances científicos de biotecnología; pero lo hace de una manera extraña, precisamente porque no lo individualiza. Esta es la que conocemos como Inseminación Postmortem y la estudiaremos en el capítulo II de la presente tesis.

Respecto de la segunda pregunta la contestación la encontrábamos directamente en el Código Civil. Cuando una mujer contraía segundas nupcias y ésta tenía un hijo antes que hubiera vencido el plazo de los trescientos días después de la separación, se podía presumir que ese hijo era del primer marido (artículo 324 del Código Civil fracción II); pero a la vez, en aplicación del artículo 324 fracción I, podía presumirse que el padre era el nuevo marido de la madre, sobre todo porque el nuevo cónyuge sabía del embarazo de la mujer, debió haberlo notado, y se casó sabiendo que la mujer llevaba un nuevo ser en sus entrañas. Entonces el problema que teníamos era que había dos personas que poseían presunciones legales equivalentes.

El artículo 334 del Código Civil (hoy derogado) preveía la situación planteada, y presentaba mecanismos de respuesta a estas necesidades, por ello ofrecía solución a tres casos:

"Art. 334: Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo con trajere 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 siguientes reglas:

“

- 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 matrimonio...”

Conforme a la fracción I, se puede notar que se le atribuía la paternidad del hijo al primer marido, cuando el hijo nacía dentro de los trescientos días, contados después de la separación; pero lo que realmente definía la atribución de la paternidad era que el hijo nacía antes de que transcurrieran los ciento ochenta días después de celebrado el segundo matrimonio. Sabemos que a simple vista podía llegarse a una conclusión distinta, misma que sería incorrecta porque no estaría acorde con lo establecido en el artículo 324 del Código Civil; pues en la interpretación de la fracción I del artículo 334, podía concluirse que el hijo era del primer matrimonio si nacía dentro de los trescientos días siguientes a que se hubiera disuelto el vínculo matrimonial y ciento ochenta días antes de que se celebrara el segundo matrimonio; interpretado así podía concordar con la presunción del artículo 324 fracción I que a la letra decía.

“Se presumen hijos de los cónyuges:

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

Entonces, interpretado en contrario sensu, debía entenderse que no era hijo del marido si nacía antes de ciento ochenta días (contados desde que de se celebró el matrimonio); por ello en concordancia con el artículo 324, se realizaba el artículo 334 determinando que si el hijo nacía antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, la paternidad no podía atribuirse al segundo marido, ya que el tiempo mínimo requerido jurídicamente, era de ciento ochenta días contado desde la celebración del matrimonio, entonces para no dejar desprotegido al niño había la posibilidad de considerar que si nacía antes de los trescientos días (a los que se refería el artículo 324 fracción II) el padre era el marido del primer matrimonio. Entonces si el hijo se encontraba en la segunda hipótesis del artículo 324 la paternidad se le debía atribuir al marido del primer matrimonio.

Hijo + nacido dentro de los trescientos días después de la disolución del matrimonio	+ antes de los ciento ochenta días despu_ = és de celebrado el segundo matrimonio	Paterni_ dad es del mari_ do del
---	--	---

primer  
matrimo\_  
nio.

"Art.334

I...

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

Esta fracción nuevamente tenía correspondencia con el artículo 324 frac. I, toda vez que era muy semejante, pues los requisitos consistían en que el hijo naciera después de ciento ochenta días de que se hubiera celebrado el matrimonio; esta medida la tomaba el legislador para no dejar sin padre al hijo, con motivo de una confusión; como puede notarse no era antes de celebrarse el matrimonio, sino después de que se hubiera celebrado el mismo; entonces el legislador lo que hizo fue determinar que si el hijo no se encontraba en la hipótesis de la fracción primera del artículo 324, no se le podía atribuir la paternidad a quien en ese momento era su marido. Si el hijo nacía después de los ciento ochenta días no podía atribuírsele la paternidad al marido del primer matrimonio; pero sí podía atribuirse la paternidad al marido del segundo matrimonio, aún cuando naciera el hijo dentro de los trescientos días de la disolución del primer matrimonio por que se colocaba en la hipótesis del artículo 324 fracción I.

"Art. 334

I...

II...

- 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".

En esta fracción se señalaba que no sería considerado hijo de matrimonio, cuando no encuadrara en ninguno de los supuestos; por ello se señalaba que si nacía antes de los ciento ochenta días, después de celebrado el matrimonio, no podía atribuírsele la paternidad al marido del segundo matrimonio; pero si además de nacer antes de los ciento ochenta días se encontraba fuera de los trescientos días de la disolución del vínculo matrimonial, tampoco podía determinarse que la paternidad perteneciera al marido del primer matrimonio. Entonces como puede apreciarse la

paternidad no podía ser atribuida a ninguno de los maridos, así que se consideraba nacido fuera de matrimonio.

Hoy en día estas hipótesis ya no existen, porque el legislador da una solución distinta. El artículo 324 fracción II determina que si la cónyuge contrae segundas nupcias y tiene un hijo dentro los trescientos días (contados desde que quedó separada de su primer marido), ya no se presume hijo del primer cónyuge; ahora se presumiría que es hijo del esposo del nuevo matrimonio, en atención a la presunción de la fracción I del artículo 324 del Código Civil vigente.

## **2. HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO**

Este apartado, a grandes rasgos lo hemos comentado, pero debemos profundizar porque es uno de los puntos medulares de la filiación. Durante el tiempo se ha tratado de crear igualdad entre los hijos, tratando de olvidar las circunstancias de su concepción o de su nacimiento. Por ello en este tema abordaremos de manera breve la situación histórica de los hijos nacidos de personas que no están casadas; con los hijos de cónyuges no lo hicimos porque el trato para con ellos ha sido más o menos justo, no así con los concebidos fuera de matrimonio.

Es bien sabido que durante siglos los hijos nacidos fuera de matrimonio sufrieron una serie de injusticias debido a prejuicios sociales, pues el hecho de nacer de dos padres quienes no habían realizado los votos matrimoniales, rompía con la figura clásica de la familia; a principios de la conquista española se cometieron una serie de atropellos en contra de nuestro pueblo mexicano, con la llegada de los conquistadores españoles hubo hechos que rompieron el esquema tradicional de la familia. Las mujeres indígenas de las nuevas tierras descubiertas en el continente, que después sería denominado América en honor del cartógrafo Américo Vespucio, quien fue el primero en hacer un mapa del nuevo continente y darse cuenta que no eran las Indias a donde habían llegado; muchas de esas mujeres indígenas fueron violadas, creándose una serie de mezclas como bien lo apunta Vicente Riva Palacio en su obra "Monja y Casada, Virgen y Mártir": "Entonces en México estaban muy marcadas las razas. Españoles, indios, negros, mulatos: los hijos de español y negra, mulatos; los de español e india, mestizos; los de indio y negra, zambos; luego una porción de subdivisiones, como pardos,

coyotes, salta patras, etc."<sup>38</sup> Pero el problema no concluía en las mezclas de razas, sino en la situación que vivían los hijos por la falta de aceptación social; por ejemplo, en el caso de los hijos de español e india (notamos en la redacción del autor Riva Palacio que en el caso del hijo mestizo, el padre es de origen español y la madre de origen indígena, mencionamos esta situación, por lo que se ha señalado, que esta mezcla durante la conquista generalmente se dio por violación). Los mestizos sufrieron el rechazo, en primer lugar por las circunstancias de su nacimiento, el hecho de provenir de una violación y además de no tener una familia completa, como aparece en la obra "México 1554" de Francisco Cervantes de Salazar, quien denominó a los mestizos o hispano-indios "huérfanos", esto porque en las notas aclaratorias señala Joaquín García Icazbalceta que: "... Cervantes llama huérfanos a los mestizos, porque siendo casi en su totalidad ilegítimos, sus padres los abandonaban..."<sup>39</sup> Se les consideró hijos ilegítimos, pero el problema se daba porque además de ser resultado de un acto degradante como lo es la violación, esos niños no podían identificarse con ninguna de las dos razas, por ser una nueva; ya que en el caso de la raza española, los mestizos no podían entrar en ella pues carecían de legitimidad y de ser de padres puramente españoles, y en el caso de los indígenas estos hijos eran producto de hombres indeseables, de actos violentos, de tal modo que no eran bien recibidos en ninguna parte. Entonces podemos observar los problemas a los se enfrentaban, lo cual era totalmente injusto porque eran actos en los cuales no intervinieron y eran sumamente rechazados; estos tratos no concluyeron aquí, toda vez que las diferencias entre los hijos se marcó fuertemente, aún después de la independencia, se encuentra que las familias tenían una serie de desordenes que la sociedad criticaba y sancionaba con el rezago. Cuando se crean las primeras legislaciones jurídicas de nuestro país en materia Civil, prevaleció la diferenciación de los tipos de hijos con base en el origen de su nacimiento, así encontramos el código de 1870, notamos tres tipos de hijos: los legítimos, los legitimados y los naturales.

En el caso de los hijos naturales las características que encontrábamos que los desfavorecían, eran las siguientes:

- Sólo podían ser reconocidos si los padres tenían un año más de la edad requerida para contraer matrimonio(art. 363)

---

<sup>38</sup> RIVA PALACIO, Vicente. "Monja y casada, virgen y mártir". Tomo I, Colección de Escritores Mexicanos. Ed. Porrúa, S.A. México. 1988. Pág. 156.

<sup>39</sup> CERVANTES DE SALAZAR, Francisco. "México en 1554". Ed. Porrúa, S.A. México. Pág. 51 y 115.

- Otra característica que encontramos, es que para que cualquiera de los padres pudiera reconocer al hijo, se requería que hubiera estado libre para contraer matrimonio en los primeros ciento veinte días que precedieron al nacimiento(art. 365).
- Se prohibía absolutamente la investigación de la paternidad(art. 370). Y sólo se le permitía reclamar la paternidad cuando tuviera la posesión de estado de hijo(art. 371).
- La maternidad se podía investigar para obtener el reconocimiento, únicamente si concurrían las siguientes circunstancias:

1ª Que haya tenido a su favor la posesión de estado de hijo natural

2ª Que la persona de la que se reclame la maternidad, no esté casada en la época en que se pida el reconocimiento (art. 372).

- Podía ser contradicho el reconocimiento por cualquier tercero interesado, aún después de muerta la persona que lo reconoció(art. 375), bastaba con que tuviera interés para que pudiera efectuar la contradicción; no señalaba el código de 1870, que se requería que la acción la hubiere iniciado en vida la persona que la hubiera hecho.
- Los derechos que se generaban con el reconocimiento eran: tener derecho al apellido de quien lo reconocía, a ser alimentado y a percibir una porción hereditaria.

En el año de 1884 se crea un nuevo Código, cuya regulación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resultaba injusta:

- Primero. Ya mencionamos la clasificación que se realizaba de los hijos, eso era terrible porque esa clasificación acompañaba a ese ser hasta los últimos días de su vida, toda vez que se apuntaba, la clasificación que le tocaba de acuerdo a los padres que lo habían engendrado, en el acta de nacimiento. Habían dos grandes subclasificaciones, la de hijos naturales y los espurios. Los hijos naturales, eran los que nacían de dos personas que no habían contraído matrimonio, pero que no tenían impedimentos para haberlo celebrado; y los espurios, eran aquéllos que eran producto de personas que no estaban casadas y que no lo hubieran podido estar, porque existían impedimentos para hacerlo; así encontramos a los hijos cuyo padre era un sacerdote, a estos hijos se les denominaba sacrílegos.
- Segundo. Se prohibía absolutamente la investigación de la paternidad de los hijos que hubieran nacido fuera de matrimonio; esta prohibición era absoluta aún cuando favoreciera o perjudicara al hijo. Podía promoverse la investigación de la paternidad sólo en casos de raptó o violación,

cuando esos hechos hubieran coincidido con la concepción. (arts. 343, 344 y 358)

- Tercera. En el caso de la investigación de la maternidad, el hijo debía tener la posesión de hijo natural y que la supuesta madre no estuviese ligada con el vínculo conyugal (art. 345).
- Cuarta. El hijo reconocido por el padre o la madre tenía derecho a llevar el apellido del que lo reconocía. Durante mucho tiempo esto fue un gran problema porque los hijos tenían solo un apellido, el de la persona que lo reconoció, así que podía llamarse por ejemplo: Respicio Pérez, porque sólo la madre lo había reconocido y su mamá era Estorfía Pérez Ramírez, pero únicamente se le ponía un apellido, de tal manera que desde la presentación de la persona podía darse cuenta que era un hijo fuera de matrimonio y por ende ser objeto de rechazo social (art. 356).
- Quinta. Tratándose de hijos adulterinos o incestuosos se les daba el mismo trato que a los espurios; si el hijo era adulterino no se podía asentar en el acta de nacimiento, aunque se pidiera, el nombre del padre o la madre casada, y sólo podía asentarse el nombre del padre soltero.

Cuando el hijo era incestuoso sólo podía ponerse el nombre de uno de los padres.

Este Código llegaba a veces a la exageración, aún tratándose de hijos de matrimonio; por ejemplo: el artículo 77 decía a la letra:

“Art. 77. Si los padres del hijo legítimo no pidieren que consten sus nombres, se asentará que el presentado es hijo de padres no conocidos; si uno solo de los padres lo pidiere, se asentará no más el nombre de éste y no el del otro.”

Esto significa que por el simple deseo de los padres del niño, éste podría aparecer como de padres no conocidos, aún cuando se trataba de un matrimonio que lo concibió; o sea que por el gusto, el capricho o el enojo de un momento el hijo iba a sufrir toda su vida.

Por eso hoy en día se ha tratado de dar igualdad a los hijos, quitando calificativos que sólo sirven para degradar a las personas; y hasta antes del 25 de mayo del 2000, habían quedado cuatro divisiones esenciales: hijos de matrimonio, hijos nacidos fuera de matrimonio, hijos legitimados e hijos

adoptivos. Pero a partir de la fecha antes citada se quitan todas las clasificaciones y sólo se puede hablar de: "hijos" e "hijos adoptivos".

## **A. HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO. QUIENES TIENEN ESE CARÁCTER.**

De acuerdo con lo que hemos estudiado parecería que todos los que no reúnen los requisitos del artículo 324 son hijos de personas quienes no son cónyuges; pero no es así, pues se ha mencionado que hay dos grandes clasificaciones de hijos: los hijos en general y los adoptivos; estos últimos los analizaremos después. Entonces sigue abierta la pregunta, ¿quiénes tienen el carácter de hijos de personas que no están unidas por el vínculo conyugal?. Para responder a esta cuestión necesitamos observar el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual hablaba del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio y ayudaba a determinar que la maternidad se definía por un hecho biológico como lo es el nacimiento: "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento..."; pero la paternidad no corría con la misma suerte, pues se establecía sólo por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que la declarara, esto porque no existe una manera segura de comprobarlo.

De tal manera que debía darse un hecho biológico como punto de partida para determinar la maternidad, así que no encuadraban en estos conceptos los avances de biogenética. Sin embargo, con la reforma del 25 de mayo del 2000, se modifica el artículo 360 quedando de la siguiente manera:

"Art. 360. La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare".

Como notamos, la maternidad como la paternidad, deberá establecerse por reconocimiento, mismo, que aunque ya no lo dice el Código Civil vigente, será voluntario; y en caso de que no se haga por este medio, la filiación se establecerá por sentencia ejecutoriada que la declare.

Dentro del concepto "hijos nacidos fuera de matrimonio", podrían incluirse todos aquellos quienes hayan nacido de una pareja, la cual no haya contraído matrimonio y que nunca lo contraiga; y que tampoco haya nacido el vínculo de hijo, por un acto jurídico denominado adopción; cuyos padres biológicos sean otros totalmente distintos. Pero de acuerdo con nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, tienen carácter de hijos nacidos de personas no casadas, quienes rompen con el esquema de los hijos de

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

cónyuges, y con las otra forma de generarse la filiación paterna y materna, ya mencionada, entonces serán aquéllos que:

- Nazcan de padre y madre que no hayan contraído matrimonio, ni lo contraigan entre sí; o
- Que habiendo contraído matrimonio el hijo nazca fuera de los tiempos hábiles. Antes de la reforma era que naciera antes de ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio o que naciera después de trescientos días del divorcio, nulidad o muerte del marido, contado el término desde la separación de hecho decretado por orden judicial. *Con la reforma* será cuando no nazca dentro de matrimonio, contado desde que se celebre hasta que se disuelva el mismo, o que nazca después de trescientos días desde que se disolvió el vínculo matrimonial; y
- La relación como hijo de los padres no haya sido originada por un acto jurídico denominado adopción.

Es menester mencionar que dentro de la clasificación de hijos nacidos fuera de matrimonio, se incluía a los que el propio Código Civil para el Distrito Federal le denominaba incestuosos y adulterinos. Antes de continuar tomaremos una definición de filiación generada entre los hijos o hijas y padres (que no están unidos por el vínculo matrimonial) y a la que se le denominaba "natural" y posteriormente se le llamó "fuera de matrimonio". Los hermanos Mazeaud presentaba la siguiente:

"La filiación natural es el vínculo que une al hijo que no ha nacido de relaciones de personas unidas por el matrimonio, vínculo que puede ser con su madre, y es la filiación maternal natural; o con su padre y es la filiación paterno natural".<sup>40</sup> Los autores citados hablaban de filiación natural, esto se debe a que en la época en la cual se escribe el libro, en casi todas partes del mundo se denominaba filiación natural o ilegítima con base en su origen. Pero lo que queremos resaltar de la definición es que, señala que puede haber una división de la filiación, es decir, puede tomarse por separado la filiación materna y la paterna; así que el primer vínculo de la filiación, la base, es la sangre. Hoy en día afortunadamente no se habla de filiación legítima o ilegítima o natural, se ha pretendido crear equidad entre los hijos; sin embargo en este apartado se hablaba de hijos incestuosos y adulterinos, incluidos con carácter de hijos nacidos fuera de matrimonio. En este caso, no había posibilidad alguna de que fueran hijos de matrimonio los primeros, es

---

<sup>40</sup> MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op. Cit. Pág. 398.

decir, los hijos incestuosos, por que estaba prohibido contraer nupcias entre ascendientes y descendientes, en línea colateral igual, extendiéndose a hermanos y medios hermanos (art. 156 fracción III); entonces no había posibilidad de que pudieran casarse y ser hijos legitimados. El caso de los hijos adulterinos no era igual, pero sí similar, porque podía ocurrir que los padres hubieran contraído nupcias y que alguno fuese soltero y el otro casado, pero que el primero ignorara la situación, entonces pensaba que se casó con una persona libre como él, pero después descubría que no era así, se consideraba al primero, cónyuge inocente y se tomaba a los hijos como procreados por personas unidas por el vínculo matrimonial. Ahora, si los dos estaban conscientes de la situación, de uno y otro, pero se casaban y tenían hijos, se consideraban dentro de matrimonio porque el vínculo matrimonial surtirá efectos sólo respecto de los hijos, pues no tenían la culpa de los actos efectuados por los padres.

## **B. EL PROBLEMA RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.**

La filiación de hijos de padres que no están casados este sí, es tratada de forma distinta a la de hijos de cónyuges. Aunque con la reforma se pretendió dar el mismo trato a todos los hijos, porque los legisladores pensaron que no lo había; como se comentó, el hecho de establecer las denominaciones no era para discriminar, sino más bien para fines prácticos. Eliminando las denominaciones, de todos modos se deben marcar las diferencias, para establecer la situación de cada uno; así el Código Civil vigente tiene que decir "hijos de los cónyuges" y a los que no denomine así, quiere decir (a excepción de los hijos adoptivos) que no son hijos de un matrimonio; sólo que el problema se ve más acentuado con las pruebas, porque se aplican por igual, "donde la ley no distingue, nosotros tampoco". Como ya lo habíamos mencionado, en la filiación matrimonial se presume la paternidad, atribuyéndose al marido de la esposa por la razón de que se encuentran los cónyuges unidos por el vínculo matrimonial, mismo que implica una serie de derechos y obligaciones como la cohabitación, la fidelidad y el acceso carnal. Con base en esos principios se presume una exclusividad entre los cónyuges, llegando a concluir que en cumplimiento a esos principios toda concepción que pudiera tener la esposa sólo podrá ser atribuida al marido. En el caso de la filiación extramatrimonial no puede suponerse tal cosa, ya que no existe ningún vínculo jurídico como en la matrimonial; por ende, tampoco existe la obligación de cumplir con los principios enunciados y

obviamente no se puede presumir exclusividad en la pareja; de tal forma que no habiendo estos elementos no se puede concluir que cualquier concepción que tenga la mujer sea del hombre con el que ha estado, porque pudo haber tenido acceso carnal con varios hombres y no sólo con uno; por ello la ley no puede atribuirle la paternidad a una persona exclusivamente, porque no existe la certeza de que auténticamente sea cierta la atribución y podría cometerse un grave error.

Al respecto hay un apunte muy importante que hace el autor Mazeaud, quien señala que hay dos diferencias esenciales entre la filiación extramatrimonial y la matrimonial; debemos aclarar que él habla de filiación legítima y natural, la legítima es la matrimonial y la natural es la extramatrimonial. Nuestros códigos de 1870 y 1884, denominaron a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales como legítimos, naturales y espurios o ilegítimos, afortunadamente el Código Vigente de 1928 cambió los términos de hijos legítimos, naturales y espurios o ilegítimos por matrimoniales y extramatrimoniales, hasta antes del 25 de mayo del 2000. Las diferencias que marcan los autores Mazeaud, son las siguientes:

“1ª La filiación legítima es indivisible con respecto al padre y la madre; el hijo legítimo es necesariamente el hijo de sus dos progenitores. Por el contrario, la filiación natural es individual; existe por separado con relación y a la madre.

2ª La filiación legítima resulta automáticamente del nacimiento. Por el contrario, la filiación natural no está probada sino por el reconocimiento voluntario del padre o de la madre y, a falta de ello, por una sentencia pronunciada por el tribunal como resultado de una acción de investigación de paternidad o de maternidad.”<sup>41</sup>

Es muy importante considerar lo que señalan los hermanos Mazeaud, es decir, que la filiación matrimonial (legítima dice él) resulta indivisible pues la presunción del art. 324 la hace así; ya que si es hijo de la esposa, cuando se cumplen los tiempos hábiles y los principios del matrimonio, necesariamente es hijo del esposo; pero aún cuando no se cumpla con los elementos señalados, se presume que el hijo es del marido, toda vez que la única forma de que se crea lo contrario, es cuando se da el desconocimiento de la paternidad; pero por el hecho de estar casada con una persona, hace presumir que el padre del hijo es el marido, por ello se considera indivisible la filiación matrimonial; tal como los autores Mazeaud lo indican “... La filiación

<sup>41</sup> Cfr. MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op. Cit. Pág. 256.

legítima supone una familia verdadera, un vínculo jurídico, no sólo entre los padres y los hijos, sino entre el marido y la mujer. El hijo nacido del matrimonio se encuentra incluido en esa compleja relación jurídica que crea la familia; por ser legítimo, es necesariamente hijo de ambos esposos. La regla "Pater is est...", que descansa sobre las mismas obligaciones nacidas del matrimonio, transporta al terreno práctico esta regla jurídica: desde el instante en que ha probado su filiación materna, el hijo —salvo desconocimiento de la paternidad— ha probado su vínculo con el marido de su madre;..."<sup>42</sup>

En la segunda diferencia que marcan los autores Mazeaud, aparece que la filiación de matrimonio resulta del nacimiento; en cambio la filiación fuera de matrimonio sólo puede darse por el reconocimiento voluntario del padre o la madre. *Después de la reforma* se habla solamente de reconocimiento, y a falta del reconocimiento se da por sentencia pronunciada por un tribunal. Antes de la reforma, en el derecho mexicano no era totalmente así, pues se trataba de manera diferente la filiación que se daba con la madre a la que surgía con el padre; el art. 360 del Código Civil a la letra decía:

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

De acuerdo con este artículo, podemos observar que se le daba un trato distinto a la del derecho francés que maneja los hermanos Mazeaud, pues la filiación fuera de matrimonio tanto para el padre como para la madre (de acuerdo con el derecho francés) se da por reconocimiento voluntario, y a falta de éste por sentencia de un tribunal; en el derecho mexicano no ocurría así; en el artículo 360 se marcaba una diferencia clara entre la maternidad y la paternidad de los hijos que nacían fuera del matrimonio. Respecto de la madre, la filiación surgía por el "solo hecho del nacimiento", y para el padre el trato era distinto, la paternidad sólo podía crearse por "el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declarara la paternidad" (según nuestro Código); la pregunta inmediata que surgía era: ¿por qué tratar de manera diferente la maternidad de la paternidad?. Para responder esta pregunta debemos recordar que la maternidad se había regido por el antiguo principio jurídico "mater semper certa est", con base en que se había considerado que la naturaleza ofrecía el hecho del parto, lo que traía consigo realizar la imputación de la maternidad a la mujer de la que se desprendía el producto; por esta razón el artículo 360 del Código Civil consideraba que la

---

<sup>42</sup> MAZEAUD, Henri, León y Jean. Op. Cit. Pág. 401.

maternidad se daba por el sólo hecho del nacimiento; pero tratándose del padre no era así, pues la paternidad no provenía de un hecho cierto como lo es el alumbramiento; la maternidad se consideraba siempre cierta, pero la paternidad estaba impregnada de carácter dubitativo; por estas razones el Código Civil no establecía los mismos supuestos para ambas partes, toda vez que la maternidad se daba por un hecho biológico; en cambio la paternidad no, sobre todo en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, porque no existe una garantía de una relación monogámica, sólo la pareja lo puede saber y con base en la convicción que tenga la pareja sobre su relación, el padre reconocerá voluntariamente al hijo. Afortunadamente no terminaba aquí el artículo 360 del Código Civil, porque parecería que el reconocimiento del hijo de esa pareja quedaba a merced de la voluntad, posiblemente hasta caprichosa, del hombre al que se señala como el padre, pero no era así porque el artículo 360 agregaba que la filiación de los hijos de matrimonio, podía establecerse también por una sentencia que declarara la paternidad.

Es necesario agregar que es hasta cierto punto es acertado el razonamiento del legislado, respecto a la maternidad, de que no podía haber lugar a dudas de ella pues hay de por medio un hecho biológico, el parto; sin embargo debemos decir que hoy en día con la modificación del 25 de mayo del 2000, se toman en consideración las técnicas de reproducción no natural, que han evolucionado de tal manera, que surgen situaciones en las cuales no puede pensarse que el parto sea el hecho para determinar que la mujer de la que se desprende el producto es realmente la madre; pero como hemos dicho, estas formas de procrear no son la regla general sino la excepción, por lo que se debió tomar en cuenta una serie de elementos para determinar la maternidad, pero no de manera general, sino como excepción. Así, que ahora se deja a la voluntad de los padres el establecer la filiación, y a falta de ésta, se hace necesario un juicio de reconocimiento de la paternidad para que se decrete la filiación por sentencia; aunque de acuerdo con el artículo 60, el padre y la madre está obligados a reconocer a sus hijos. El problema se genera con la reforma, se abre la posibilidad de reconocer al hijo o bien cualquier persona puede presentarse a registrarlo, pues antes se solicitaba "la constancia de alumbramiento", hoy en día de solicitarse no sería jurídicamente justificable porque la modificación a los artículos 340 y 360 ya no la establecen como imprescindible; así que si llegara una persona con un hijo, como lo requiere el artículo 54 y "declara que tuvo al niño", debe admitirse como suyo, porque el artículo 55 dice: "declarar el nacimiento" y no "demostrar el nacimiento".

### **C. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN CUANTO A LA MADRE. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO Y EL DERIVADO DE JUICIO SOBRE LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.**

El artículo 360, como acabamos de estudiar, establecía que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, respecto de la madre, provenían del sólo hecho del nacimiento; en cambio tratándose del padre se daba por reconocimiento voluntario o por sentencia que declarara la paternidad. La redacción de este artículo podría llevar a pensar que la madre no necesitaba efectuar reconocimiento o sentencia que impusiera la maternidad; sin embargo, esa idea tendría que ser considerada como absurda, porque desde el punto de vista constitucional ningún individuo puede ser privado de sus derechos y no debemos olvidar que toda obligación constituye una limitación de la libertad, de tal modo que sería jurídicamente incorrecto imponer una obligación sin haber demostrado absolutamente nada; la única forma de hacerlo sería mediante juicio seguido ante tribunales o por el reconocimiento voluntario, así estaría otorgando su consentimiento; de lo contrario sería una imposición de una obligación. Podría ser considerado inconstitucional tal proceder, primero por violar el derecho subjetivo de la libertad y segundo por discriminación, porque al hombre se le otorga un derecho que a la mujer se le niega, no habría igualdad, así que en la primera parte del artículo 360, debía entenderse que en el juicio de investigación de la maternidad únicamente se debía probar el nacimiento, y lo que ello implicaba, es decir, el parto y la identidad del hijo, con esto se probaría totalmente la filiación materna. Esto de ninguna manera podía darse con el padre. Con lo anterior observamos que aunque la filiación de los hijos fuera de matrimonio, con la madre se generaba con el nacimiento, ello no impedía que la mujer realizara el reconocimiento voluntario o que se efectuara la investigación de la maternidad.

Para fundamentar lo anteriormente asentado sobre la filiación de los hijos fuera del matrimonio, respecto de la madre y lo que se tendría que comprobar (el alumbramiento), había una tesis aislada que señalaba esta situación:

#### **"HIJOS NATURALES, FILIACIÓN DE LOS.**

El artículo 360 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que la filiación natural respecto de la madre, resulta del sólo hecho del nacimiento y, por tanto, no es necesario en estos casos un

reconocimiento en forma pues basta la prueba del alumbramiento, para dejar establecida la maternidad natural. Este precepto fué tomado del Código Civil suizo, viene a transformar el antiguo sistema del reconocimiento, y como el legislador mexicano no modificó en consonancia con dicho artículo, las tradicionales disposiciones sobre el reconocimiento, que sin distingos comprende tanto al padre como a la madre, es preciso conectar tales disposiciones con el mencionado artículo 360, y para ello deben interpretarse restrictivamente los artículos relativos al reconocimiento materno de hijo natural, sin que pueda decirse que la interpretación restrictiva sea contraria a la doctrina jurídica cuando tiende a realizar el propósito social del legislador. De acuerdo con lo anterior, debe estimarse que si el hecho del alumbramiento quedó probado por el acta en que figura el nombre de la madre, y no se suscitó controversia sobre el reconocimiento, para impugnar este, por no haber sido hecho conforme a tales artículos, ya que el caso se rige por la disposición del Artículo 360 citado.”

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca. Tomo LXXIV. Página 3172. Tesis aislada.

Hernández José De Jesús. Pág. 3172. Tomo LXXIV. 5 de Noviembre de 1942.

Explica la tesis citada que bastaba con acreditar el alumbramiento, por lo tanto no era necesario el reconocimiento en forma; esto se debía a que este artículo se copió del Código Civil Suizo. Pero resulta interesante como se resuelve el caso, porque la persona que está tratando de acreditar la filiación, presenta el acta en el que figura el nombre de la madre. Debemos señalar que nuestro Código presentaba titubeos, los cuales eran explicables en nuestro legislador, quien trató de realizar leyes en materia familiar de acuerdo a la sociedad que había hace más de setenta años. De tal forma, encontramos un artículo como el 370, en el cual se prohibía al padre o a la madre que una vez que reconocían separadamente al hijo, revelar el nombre de la persona con quien fue habido, e incluso el artículo 371, sancionaba con la destitución de empleo e inhabilitación (misma cuyo término mínimo era de dos años y máximo cinco) al Juez del Registro Civil, al de primera instancia o al notario. Esta disposición resultaba coordinada con lo que se establecía respecto al padre, pero no así con la madre, pues el artículo 60 del Código Civil en el segundo párrafo establecía:

“La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código...”.

Esto quiere decir, que el nombre de la madre siempre debía aparecer asentado en el acta de nacimiento del hijo; hay que recordar que el artículo 77 del Código de 1884, establecía que si los padres lo querían, su nombre no aparecía en el acta y se declaraba que era hijo de padres desconocidos. Puede entenderse que el legislador tomaba la medida de que apareciera el nombre de la madre, porque de esa forma podría conocerse al padre, es decir, el hombre con el que se haya tenido acceso carnal, siendo más fácil una posterior investigación de la paternidad; pero además podía entenderse (de ese artículo) que cualquier persona podría dar el nombre de la madre, cuando señalaba el artículo 60: “si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre...”; esto quiere decir, que la persona o personas que presentaban al hijo, si sabían quién era la madre dirían su nombre para que apareciera en el acta, pues “la madre no tenía derecho de dejar de reconocer a su hijo, tenía la obligación de que su nombre figurara en el acta de nacimiento...”. Es loable lo establecido por el legislador en el artículo 60, para que posteriormente se pudiera realizar la investigación de la paternidad; sin embargo, el artículo 370 no corría con la misma suerte, ya que no era coherente que cualquier persona pudiera señalar la identidad de la madre, excepto el padre, quien era el que mejor podría indicar a la persona con quien procreo al hijo. Así que aquél que posiblemente hubiera sido quien mejor lo supiera, se veía limitado por el artículo 370 que le prohibía señalar la identidad de la madre de su hijo. Antes de la reforma, se pretendía que el hijo tuviera por lo menos a la madre, lo que permitía tener un padre. *Con la reforma*, el punto de referencia es que “la madre no es cie,ta” y que el parto no es el hecho biológico para atribuir la maternidad; se deja de establecer una “madre” al hijo, esperando a que sea ella la que voluntariamente lo reconozca, asentándolo en un acta de nacimiento. Posiblemente se hizo esto, porque el artículo 60 establece la obligación de reconocer a los hijos, obligación que tiene el padre y la madre; la antigua redacción del artículo 60 obligaba a que figurara el nombre de la madre en el acta de nacimiento, e incluso se permitía que otra persona diera su nombre, como ya comentamos podía hacerlo cualquiera menos el padre del hijo; pero ahora ya no existe esa posibilidad, porque el punto de partida que ligaba a la madre ya no es el parto; por lo tanto, ahora si la madre no reconoce al hijo en el acta de nacimiento, el hijo carecerá de una “progenitora”; por ello nos preguntamos ¿si será adecuado que se parta de un hecho como la reproducción asistida,

que en nuestro tiempo es la excepción para tener hijos?, ¿Qué tanto beneficia al hijo la reforma, cuando lo deja sin una madre cierta?, ¿No era mejor tener una madre cierta?, ¿Por qué no se partió del hecho general, es decir, de la forma de tener hijos sin uso de las técnicas de reproducción asistida, y se reguló sobre los medios de reproducción asistida como una excepción?

La redacción del artículo 370 cambió:

“Cuando el padre o la madre reconozca separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad.”

Como puede observarse, se trata de hijos nacidos de personas que no son cónyuges, pues dice, que cuando se reconozca a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324, es decir, cuando se trate de hijos que no sean de cónyuges. En esta nueva redacción ya no se prohíbe revelar el nombre de la persona con quién fue habido el hijo. Y sigue abierta la posibilidad de investigar la maternidad o la paternidad. También se establece en el artículo 60 que: “el padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos”, es una obligación que ya se da a los dos y no sólo a la mujer, como antes se ordenaba. Como comentario al margen, debemos decir que en la reforma, el artículo 60 del Código Civil en su párrafo 2º, parece que es contradictorio con el artículo 370 del Código Civil, porque este último, resalta el reconocimiento que hacen los padres “separadamente” donde se asienta el nombre del compareciente. Pero parece contradictorio porque el párrafo 2º del artículo 60, ordena que cuando el padre y la madre no estén casados “el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente”, pero da la impresión de que cuando el padre y la madre no dejando la posibilidad deben ir juntos a reconocer al hijo, no dejando la posibilidad que lo hagan separadamente, como el artículo 370 lo contempla.

Así encontramos dos formas para que se dé la relación materno-filial:

- El reconocimiento efectuado por la madre; y
- El reconocimiento impuesto por una sentencia dictada en un juicio de investigación de la maternidad.

El reconocimiento hecho por la madre es similar al efectuado por el padre, por ello solo realizaremos un análisis de los rasgos característicos del reconocimiento materno.

Comenzaremos comentando que la mujer, quien se dice ser la madre, si no está casada puede efectuar el reconocimiento, pues no habría ninguna dificultad legal para hacerlo; interpretando el artículo 372, se entiende que puede reconocerse al hijo habido antes de que se constituya el matrimonio; puede reconocerlo aún sin el consentimiento del cónyuge durante el matrimonio, y no podría ser atribuido al marido. Con la reforma debemos distinguir la siguiente situación, si se casa la mujer, y está embarazada y tiene un hijo, en aplicación del artículo 324 se le atribuye al marido; antes no se podía, porque se debían observar los tiempos hábiles, así que si nacía antes de ciento ochenta días no se le podía atribuir al marido, excepto si se probaba que supo antes de casarse del embarazo de su futura esposa, para ello debía haber prueba por escrito. Ahora con la reforma no se requiere de esta prueba y se le atribuye al marido de manera directa.

Además el artículo 372 establece que puede reconocerse al hijo habido antes del matrimonio, pero no puede llevarse a vivir al hogar conyugal; excepto si le da su anuencia expresa el cónyuge. Ahora el Código Civil para el Distrito Federal establece el término "cónyuge" para crear igualdad entre el hombre y la mujer, pero el Código hacía la diferencia entre estos; el artículo 372 se refería al reconocimiento de la mujer y el 373 al del marido, hoy en día derogado. El artículo 372 a la letra indicaba, en el año de 1974, lo siguiente: "La mujer casada podrá reconocer sin el consentimiento del marido, a su hijo habido antes del matrimonio; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con consentimiento expreso del esposo". Hoy en día la redacción es diferente, dice lo siguiente:

"Art. 372. El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal sino es con la anuencia expresa de éste."

Puede notarse que se utiliza el término "cónyuge", y ya no se toma individualmente para el hombre y la mujer; se trató de dar igualdad entre ambos sexos, señalándose que puede reconocer al hijo habido fuera de matrimonio; en el caso de la mujer para que no pueda ser atribuido al marido. Con el padre no ocurre así, sería ilógico pensar que el marido tuviera una relación con otra mujer, quien no es su esposa, y que de esta relación naciera un hijo se le atribuya a la esposa, sería absurdo pensar que ese hijo, sobre todo porque no debemos olvidar que la maternidad conlleva un elemento importante, "el parto"; que es lo que une al hijo con la madre. Anteriormente el artículo 373, hoy derogado, en 1953 su redacción era la siguiente:

"El marido podrá reconocer a un hijo habido antes de su matrimonio o durante éste; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso de la esposa".

Se puede apreciar la diferencia entre el artículo 372 y el 373. El primero señalaba que cuando la mujer tenía un hijo fuera de matrimonio, sólo podía reconocerlo si era habido antes del matrimonio; y el segundo apuntaba que tratándose del marido, éste podía reconocer al hijo habido antes de su matrimonio o durante éste; obviamente había una desigualdad que el legislador trató de subsanar, pero lo que hizo fue igualar al hombre con la mujer y no viceversa, porque si antes el marido podía reconocer al hijo habido antes de su matrimonio y durante éste, era muy amplia la posibilidad que tenía, hoy en día sólo se le permite reconocer al hijo habido antes de su matrimonio, tal como se le permitía y se le permite a la mujer. El problema más grande, apreciado por nosotros, es que los más perjudicados con la reforma son los hijos, porque se procura la igualdad entre los cónyuges, a costa de sacrificar lo que hubiera podido obtener el hijo de acuerdo con el artículo 389 del Código Civil; toda vez que si nace de personas no casadas entre sí, pero de un hombre casado con una mujer distinta a la madre, no puede ser reconocido, excepto si la esposa otorga su consentimiento ( en aplicación del artículo 372 del Código Civil vigente), dejándolo a la voluntad o capricho de la esposa; antes de la reforma parecía el caso de los hijos adulterinos, es decir, de los que alguno de los padres, o los dos, eran casados pero no entre sí, sin embargo era contradictorio con el artículo 62 del Código Civil (hoy derogado) que a la letra decía:

"Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo."

Decíamos que era contradictorio el artículo 372 con el 62 por la redacción. En el artículo 62 se consideraba al hijo como fuera de matrimonio, porque de lo contrario no tendría carácter de adulterino, podía reconocerse al hijo, aunque el padre era casado; con esto, se daba la posibilidad de asentar el nombre del padre, y jamás se pedía el consentimiento de la esposa; resultando benéfico este artículo, porque no podía entenderse que por un acto en el cual el hijo no participaba, era el más perjudicado tanto social, afectiva, como económicamente. En el caso de la mujer no se daba esa oportunidad, a menos que se declarara en sentencia ejecutoria el desconocimiento por parte del marido de ese hijo. Así que con el artículo 62 se cumplimentaba la idea de que la mujer podía reconocer al hijo habido antes de su matrimonio, pero también podía reconocerlo una vez que se

hubiera contraído matrimonio o que naciendo en matrimonio el hijo no fuera de su marido; podía hacerlo después de que se dictara sentencia ejecutoria en la que se declarara que no era hijo del marido.

Por lo que se refiere al reconocimiento derivado de un juicio sobre la investigación de la maternidad, nuevamente encontramos que no son iguales las reglas que rigen a la investigación de paternidad que a las de la maternidad.

Tomamos los siguientes puntos a considerar:

- El permiso para realizar la investigación de la maternidad.
- Lo que debe probarse; antes de la reforma era el parto y la identidad del producto.
- ¿Quiénes pueden efectuar la reclamación de la maternidad?
- ¿Cuándo debe ejercerse la acción de la investigación de la maternidad?

- *Permiso para realizar la investigación de la maternidad.*- El autor Rojina Villegas determina que: "... la investigación de la maternidad es absolutamente libre el principio y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba".<sup>43</sup> De tal forma aparece el artículo 385 que a la letra decía antes de la reforma:

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

*Con la reforma quedó de la siguiente manera:*

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

Con el artículo 385 se comprueba la afirmación del maestro Rojina Villegas, en el que el legislador deja un camino muy amplio para comprobar la maternidad, pues puede ofrecerse cualquier medio ordinario para demostrar que esa mujer es su madre. En el Código Civil de 1884 para poder investigar la maternidad, el que la pretendía solicitar debería cumplir con los siguientes requisitos:

---

<sup>43</sup> ROJINA VILLEGAS. Rafael. Op. Cit. Pág. 424.

- Que tuviera a su favor la posesión de estado de hijo natural de la supuesta madre; y
- Que la persona cuya maternidad se reclamara no estuviera ligada con el vínculo conyugal al tiempo en que se pedía el reconocimiento. (art. 345 del Código Civil de 1884)

La prueba solicitada era la posesión de estado, misma que se comprobaba por los medios ordinarios, además que la pretendida madre hubiera cuidado de la lactancia, la educación y que lo hubiera reconocido y tratado como hijo (art. 346 del Código Civil 1884).

Por ello resulta más ventajoso lo establecido en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el cual se admite probar por cualquier medio ordinario, sin limitar a uno específico ( tal como lo establecía el art. 345 del Código Civil de 1884). Posiblemente la limitación establecida en el Código Civil de 1884, se debía a lo que los hermanos Mazeaud decía que ocurría con el Código Civil de Napoleón de 1804, que los legisladores lo habían redactado así porque pretendían: "... proteger el honor de la familia y de las madres solteras..."<sup>44</sup>. Bajo ese razonar, es lógico pensar que el código de 1884 estableciera como única prueba la posesión de estado, pues si frente a la sociedad la persona se ostentó como hijo de esa mujer soltera, entonces no habría sorpresa o deshonra, porque sería un hecho que la propia sociedad reconocería y del que estaría consciente, por lo tanto ya no sería una vergüenza. Hoy en día las cosas son distintas, la mentalidad de la sociedad es otra, el derecho es o trata de ser distinto para adecuarse a los cambios de la sociedad; por eso ahora el derecho trata de dar protección a los más indefensos en una familia, a los hijos; y abre más caminos, como poder aportar cualquier medio de prueba para demostrar la filiación. Actualmente en el derecho mexicano, son pocos los ámbitos de la sociedad donde se puede considerar una deshonra o vergüenza para la familia el ser madre soltera, pues la mujer está ocupando una diversidad de áreas de trabajo que le permiten desenvolverse y mantener una familia. En este mundo hay más mujeres que hombres, las necesidades son muchas y por desgracia las familias están más fracturadas. En estos tiempos el concepto de familia es versátil y todos jugamos un papel importante. Son tantos los problemas, que la sociedad se ocupa de muchas cosas, como para criticar, lo que hace que se olviden de juzgar a las madres solteras. Incluso, hoy en día, una mujer quien tenga a un hijo puede dirigirse ante un juez (sin necesidad de un abogado) a solicitar se hagan valer sus derechos y los de su hijo. Así que en la actualidad al estar en busca de dar protección a los hijos,

---

<sup>44</sup> MAZEAUD. Op. Cit. Pág. 449.

sea cual fuere su origen, se crea la posibilidad de realizar la investigación de la maternidad presentando cualquier medio de prueba.

La segunda parte del artículo 345 del Código Civil de 1884, establecía que no se podía reclamar la maternidad de una mujer casada; el maestro Rojina Villegas por eso señalaba que en principio es totalmente libre, se refiere precisamente a esto, a poder reclamar la investigación de la maternidad de cualquier mujer excepto de una casada. El artículo 345 del Código Civil de 1884 era muy riguroso, pues no se le podía atribuir la maternidad a una mujer casada, en ningún caso, en tanto el Código Civil de 1928 vigente también establece que no está permitida la indagación de la maternidad, cuando se pretenda atribuir a una mujer casada (según el artículo 385); sin embargo la excepción la encontrábamos, antes de la reforma, en el artículo 62, que se refería a los hijos adulterinos, en el que se señalaba que podría asentarse el nombre de la madre, por ende hacer la investigación y el reconocimiento cuando el marido hubiera desconocido al hijo y existiera sentencia ejecutoria que declarara que ese hijo no era suyo; esta disposición se reforzaba con lo establecido en el artículo 386 (todavía vigente), mismo que señala que cuando la mujer esté casada puede investigarse: "...la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal"; este artículo se refiere, a que se permite investigar la paternidad, cuando se rompe con la presunción que le atribuye el hijo al marido de la supuesta madre. Por ejemplo, el caso de la sentencia civil, puede darse cuando el marido haya interpuesto el juicio de desconocimiento, mismo que ha ganado, y en el que ya no puede presumirse que es el padre del hijo; y en el caso de la sentencia criminal, puede ser, la que establece adulterio de la mujer y por ende no puede atribuirse ese hijo al marido.

- *Lo que debe probarse; antes de la reforma era el parto y la identidad del producto.-* La persona que pretendía demostrar la relación materno-filial debe probar:
  - El parto; y
  - La identidad del producto.

En la actualidad, con la reforma, el hijo ya no tiene que demostrar estos elementos, porque ahora se considera como regla general el tener hijos por medio de las técnicas de reproducción asistida, y no de la manera tradicional; pareciera benéfico, pero nosotros creemos que no, porque ahora partiremos de que la madre, de manera voluntaria reconozca al hijo, o bien en un juicio, para que se le atribuya la maternidad. Y además, ahora el hijo no podrá decir que es su madre porque ella lo tuvo, pues ese ya no es elemento importante, así que sólo le quedará como mejor prueba la del ADN.

El parto. De una u otra manera ya lo habíamos señalado en la presente tesis; sin embargo ahora lo abordaremos de manera más profunda, y analizaremos desde un punto de vista biológico y jurídico.

Se ha explicado que la maternidad se consideraba un hecho que podía probarse de manera directa, porque se manifiesta por medio de un hecho biológico, del cual nos percatamos por la gestación y el parto; éste último era suficiente para nuestra legislación mexicana, el cual era útil para comprobar la relación materno-filial, esto con base en lo establecido en el artículo 360 del Código Civil.

Señalamos dos hechos biológicos sumamente importantes, la gestación y el parto; pero el último era el considerado por el Código Civil. El artículo 360 determinaba que “la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, resultaba con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento...”; por ello, nos permitimos analizar el parto desde un punto de vista biológico – jurídico. Comenzaremos por señalar que aproximadamente después de los 271 días, se puede considerar que ya está maduro y en condiciones de llegar al mundo el feto, por lo que el organismo de la mujer ha sufrido modificaciones y se está preparando para traerlo al mundo. Por parto podemos entender: al “acto natural por el cual el feto viable es expulsado o extraído, acompañado de sus anexos, placenta, membranas y cordón umbilical, de los órganos genitales en donde fue formado. Desde un punto de vista simple médico – clínico, podemos afirmar que es el pasaje del feto por el canal vaginal con salida posterior del mismo.”<sup>45</sup>

Siguiendo las ideas del autor Romo Pizarro, establece que el hecho de que el bebé pase por el canal vaginal, es en sí el parto; pero en cambio el proceso en el cual la mujer trata de llevar a cabo el parto, se le denomina trabajo de parto, mismo que se realiza entre las 38 y 40 semanas del embarazo; aunque pueden ser tiempos distintos, pues no hay que olvidar que el parto puede ser prematuro, es decir, que nazca antes de tiempo. Pero también puede darse el caso que no nazca de la manera en la cual se ha enunciado, es decir que salga por el canal vaginal de la mujer; también se prevé que no pudiendo nacer de esa manera, porque podría costarle la vida al producto o a la madre, se tenga que realizar la extracción del bebé por medio de la cesárea.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. “Medicina legal elementos de ciencias forenses”. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992. Pág. 216.

<sup>46</sup> Ibid, Pág. 215.

Este mismo autor señala que el parto resulta ser un proceso verdaderamente complejo, por ello algunos autores distinguen tres períodos: "1) de dilación, caracterizado por las contracciones uterinas; 2) de expulsión del feto, y 3) al cual se le denomina 'placentario', donde se expulsan la placenta y membranas".<sup>47</sup> Son importantes estas etapas para tener concluido el nacimiento; sin embargo creemos que con la segunda etapa y cortado el cordón umbilical, jurídicamente se puede considerar que el hijo ya nació y que se generó la relación materno - filial.

Veremos como son las etapas del parto. Nuevamente nos apoyamos en lo explicado por el autor Romo Pizarro, quien señala que las etapas pueden dividirse en tres, (lo anotaremos porque con base en lo apuntado por este autor, notaremos qué es lo que debe observar el perito para determinar si una mujer ha tenido o no un hijo, como parte de la investigación de maternidad, pues como se señaló, debíamos demostrar el parto de la pretendida madre), las etapas son:

"La que va desde la dilatación del cuello del útero, que dura hasta que se ha dilatado lo suficiente como para permitir el paso de la cabeza fetal al canal vaginal, con una duración en las primíparas (primer parto) entre 12 y hasta 18 horas, demorándose máximo 8 horas en las mujeres que han tenido otros hijos anteriormente (multíparas)...

La segunda etapa, del trabajo de parto, suele durar sólo pocos minutos si la madre ya ha tenido otros hijos; en cambio, si es primípara, puede llegar a prolongarse hasta dos horas; la madre colabora voluntariamente para empujar el feto, lo que logra contrayendo los músculos del abdomen interior, tratándose de expererío de esa forma... La musculatura uterina y el trabajo señalado hace presión contra las nalgas y las extremidades inferiores del feto, el cual va avanzando por el canal vaginal. En algunos casos, a fin de facilitar la tensión en el orificio vulvar, que podría dar lugar a un desgarramiento, el médico realiza un pequeño corte quirúrgico llamado epiciotomía. Los traumas y cicatrices de heridas en el parto pueden, de alguna manera inducir a error al perito médico-legal...

Después de la salida de la cabeza se produce con mayor facilidad el paso de los hombros, extremidades superiores y finalmente piernas del feto por el canal vaginal; esta etapa es rápida y generalmente se cumple en pocos minutos. El nacimiento llega a su término cuando el bebé es separado del cordón umbilical que lo une a la placenta, la cual queda por minutos o instantes dentro del útero conjuntamente con las membranas. Antes del

---

<sup>47</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 215 y 216.

cercenamiento del cordón umbilical que lo une a la placenta, se le coloca una ligadura con el objeto de evitar un sangramiento por el vaso que corre en su interior..."<sup>48</sup>

Con lo anterior entendemos las etapas del parto, pero lo más importante podría ser: ¿cómo identificar que hubo un parto?. No debemos olvidar que era el punto de partida para demostrar la relación materno-filial (de acuerdo con el artículo 360 del Código Civil, antes de la reforma del 25 de mayo de 2000); sobre todo hay que saber cuáles son los signos de un parto (tanto reciente como antiguo), para evitar la falsedad de maternidad o la simulación de un parto, esto de acuerdo a nuestro Código Civil, mismo que no tomaba en cuenta las formas de reproducción no natural; pero ahora las toma como base, pues parte de ellas. Entonces notaremos que con los signos del parto reciente, tratándose de hijos tenidos sin uso de las técnicas de reproducción asistida, ya no es prueba el parto, pues ahora, al establecer una prueba tan generalizada, se parte de la excepción, por lo que se complica un poco.

Continuando con este tema observaremos cuáles son los signos del parto reciente:

"1) Los estigmas de distensión abdominal –reciente- son más bien producto del proceso de gestación de la mujer y se presenta fundamentalmente por: 'veteado abdominal (estrías), separación de los músculos rectos y la flacidez de los mismos'; y los demás signos que se mantienen durante este proceso.

2) Durante los primeros días siguientes al parto, la mujer secreta por sus glándulas el líquido denominado 'calostro'; del tercero al sexto día se producen la subida de la leche y la secreción de la misma... se hacen voluminosos y los pezones menos salientes, aunque duros; progresivamente se produce la transformación del calostro de la leche... si la madre no amamanta a su hijo se observará que la producción de leche va disminuyendo hasta cesar en el curso de pocos días.

3) ... el útero después del parto sufre una serie de transformaciones progresivas que constituyen la involución uterina'; a la palpación abdominal se puede reconocer la altura del fondo uterino durante los diez primeros días aproximadamente; el útero, aunque voluminoso, no es accesible desde esta época a la palpación y al tacto combinado. Sólo después de la sexta semana podríamos decir ha terminado la involución. El útero vacío luego del parto, aún conserva el volumen de un útero grávido de cuatro meses y medio su fondo todavía permanece en las cercanías del ombligo. Se encuentra distendido y su cuello muy abierto; la involución uterina, su restablecimiento a

---

<sup>48</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 216 y 127.

su tamaño u posición normal, constituye uno de los mejores signos para el diagnóstico de parto reciente...

4) El flujo loquial procede de la superficie interna del cuerpo uterino... durante el primero y el segundo día consta de sangre pura, más adelante se convierte en serosidad sanguinolenta. Después del duodécimo al decimoquinto día, los loquios se hacen de nuevo sanguinolentos, cesando luego el flujo progresivamente; es reemplazado por una secreción blanco-amarillenta que, persistiendo un poco más de tiempo, termina por desaparecer...

Se entiende que no podría durar... más de 30 o a lo máximo 40 días.

5) En la observación del estado de las vías genitales inferiores, obtenemos los signos traumáticos reveladores de la expulsión del feto y anexos; se puede observar especialmente: que el cuello uterino se encuentra abierto y flácido inmediatamente después del parto, como así también distendido o estirado por la presión ejercida por el feto en su tránsito; el orificio interno cuesta diferenciarlo, ya que los repliegues se han estirado, aplanado y a veces borrado. La retracción del cuello es progresiva... y a las tres semanas aproximadamente, el canal cervical puede estar cerrado y a las seis semanas completamente restaurado. En la vagina podemos observar a menudo erosiones superficiales; desgarros en su pared, los que se asocian a lesiones vulvoperinales. Estas últimas sobre todo son primíparas y su importancia es relativa. Los desgarros perinales pueden existir independientemente de otras lesiones perineales, ya sea en los labios, en el clítoris, etc."<sup>49</sup>

Todos estos constituyen buenos elementos para que el perito realice un diagnóstico de parto reciente; la pericial era recomendable cuando se trataba de un parto reciente porque existían más elementos para comprobar, pero tratándose de un parto antiguo no era lo mismo, pues los signos no perduran y desaparecen con el transcurso del tiempo, aunque no totalmente; persisten algunos rasgos característicos, existiendo el problema que cuando es una mujer múltipara, el perito no puede precisar el tiempo en el que ocurrió el parto, sólo puede señalar que hubo uno, pero no puede indicar cuándo<sup>50</sup>; por esto, en el caso del parto antiguo, es más recomendable la investigación por medio de la prueba genética, que estudiaremos en el apartado D, inciso b, i).

La identidad del producto. Este era el otro punto esencial, el cual se debía demostrar, pues el parto indicaba que esa mujer dio a luz un hijo; pero no se demostraba que la persona quien lo solicitaba era precisamente el ser que nació de esa mujer. Aquí entraremos en otro problema importante, cuyo

<sup>49</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 218-220.

<sup>50</sup> Ibid. Pág. 220 y 221.

origen es jurídico, porque el artículo 369 señala que el "reconocimiento de un hijo" se hace por los siguientes medios:

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

Encontramos en la primera fracción que se valida el acta de nacimiento, desde que nace la persona; pero aquí era donde surgía el problema, pues el artículo 60 del Código Civil ordenaba que "la mujer no tenía derecho de dejar de reconocer a su hijo..."; además era una obligación para la mujer que "su nombre figurara en el acta de nacimiento de su hijo". Entonces, como estudiamos, cualquier persona podía decir que determinada persona era la mamá, sin estar seguros o sin que fuera cierto; pero aunque se asentara un nombre, no podíamos considerarlo como válido, porque entonces cualquier persona le atribuiría a una mujer (la que sea) que un sujeto era su hijo; además como asentamos en temas anteriores la mujer también podía reconocer al hijo o se podía realizar la investigación; y lo redactado en el artículo 60 no concordaría con lo establecido en el artículo 58, de que el hijo llevará el apellido paterno de cada uno de los padres, cuando lo reconocen los dos; pero cuando sólo lo hace uno llevará sus dos apellidos; pero lo relevante es que se tiene que "reconocer al hijo". Además, podría cometerse una injusticia atribuyéndole el hijo a una persona, que no lo era; por ello consideramos que mientras la madre no hubiera ido personalmente o por representante a reconocer al hijo, no podía tomarse como válida la atribución, en ese caso, cualquier persona le atribuiría, hasta sus propios hijos, a una mujer exitosa, es decir, con dinero, para ver beneficiados a sus hijos por el artículo 389 del Código Civil; toda persona podría aprovecharse de ello, de tal forma que esa acta podría constituir, sólo un indicio. A partir de la reforma, ya no existe la obligación de que figure "el nombre de la madre en el acta de nacimiento del hijo", y ahora es obligación del padre y la madre reconocer a sus hijos.

¿Quiénes pueden efectuar la reclamación de maternidad? Las personas legitimadas para hacerlo aparecen señaladas en el artículo 385 del Código Civil y son:

- El hijo. Antes de la reforma del 25 de mayo de 2000, decía, nacido fuera de matrimonio; y
- Los descendientes del hijo nacido fuera de matrimonio

Sólo se permite a estas personas efectuar la solicitud de la investigación de la maternidad, esto se desprende de la relación del mismo artículo. De esta misma redacción se desprende otra cuestión importante que nos hace notar el maestro Rojina Villegas; el artículo no señala, si para intentar la acción de investigación de la maternidad se requiere que el hijo haya muerto para que puedan reclamar los descendientes; recordando los principios del derecho general debemos decir, que "donde el derecho no distingue, nosotros no debemos distinguir", entonces como el código no señala como necesario que el hijo haya muerto para que sus descendientes efectúen la investigación, ambos pueden efectuarla, de tal manera podría reclamar, no sólo el hijo sino también el nieto, el bisnieto, el tataranieto, el chozno, etc. Sin embargo, el maestro determina que en materia de alimentos podría ocurrir esto, pero en el caso de las sucesiones no podría ser así pues no se debe olvidar el orden de entroncamiento para heredar (que existe en nuestro Código Civil), tratándose de sucesión intestamentaria; por ende no puede concurrir conjuntamente el hijo y los descendientes de éste, porque los últimos sólo pueden heredar por estirpes, y para que ello se dé, se requiere que el ascendiente (el hijo) esté muerto, siendo esta una limitante importante, porque entonces el descendiente (el nieto) no podría impulsar la investigación de la maternidad, con el fin de heredar a ésta (la abuela), si el ascendiente (el hijo) está todavía vivo porque entonces el descendiente (el nieto) carecería de interés jurídico.<sup>51</sup>

¿Cuándo debe ejercerse la acción de la investigación de la maternidad?  
Esta pregunta la responde el artículo 388 del Código Civil que a la letra dice:

"Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres

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

El Código Civil establece una diferencia entre los hijos mayores de edad y los que no lo son.

Los hijos mayores de edad, pueden intentar la investigación de la maternidad, hasta antes de que mueran los padres.

Cuando los hijos sean menores de edad y la madre falleciera, los hijos podrían realizar la investigación de la maternidad, antes de que se cumplan cuatro años de su mayoría de edad, por lo que sólo a los hijos menores de

---

<sup>51</sup> Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 431 y 432.

edad se les amplia el término hasta cuatro años; por analogía el artículo 388 del Código Civil se aplica también a los descendientes de los hijos; en el caso de los hijos emancipados para reclamar alimentos o para herencia cuando el padre o madre haya muerto.

Por último, trataremos en el tema de la filiación materna a los hijos cuyos padres viven en concubinato. Los estudiamos hasta este momento porque el Código Civil maneja una situación especial para estos hijos; aunque se encontraban en el apartado de la filiación de los hijos fuera de matrimonio, el trato que se les daba era semejante al de los hijos nacidos de matrimonio, pues el artículo 383 indicaba que:

“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

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

Después de la reforma el artículo quedó de la siguiente manera:

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

- I. Los nacidos dentro del concubinato; y
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”

Como se puede observar son prácticamente idénticas estas presunciones con las del artículo 324 del Código Civil, es decir, con los hijos nacidos de cónyuges.

Comentamos el caso de la presunción del artículo 324, sobre todo las bases para efectuar la presunción. Antes de la reforma, en el caso del concubinario y la concubina, no se podía afirmar que se cumplieran los principios planteados para los cónyuges, como lo son el acceso carnal, la cohabitación y la fidelidad, pues no había sanción jurídica y en caso de faltar alguno de estos principios tal como acontece con los cónyuges, en el que cada uno de éstos puede volverse una causal de divorcio. Sin embargo, a partir del 25 de mayo del 2000, quedó justificada la presunción del artículo 383, primero porque el artículo 291-Bis señala que: “la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocas...”; pero además el artículo 291-Ter apunta: “ Regirán en el concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que fueren aplicables”; entre esos derechos y obligaciones, consideramos se incluyen dos principios

manejados para el matrimonio (cohabitación y el ser fieles); ya que incluso ahora ya existe sanción cuando en el concubinato no se proceda de buena fe, así el artículo 291-Bis, en su último párrafo determina que: “...Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios”. Tan importante se vuelve el buen comportamiento de los concubinarios en el concubinato, donde la propia ley les otorga el derecho de solicitar alimentos, y les quita ese derecho cuando quien lo solicite, haya demostrado ingratitud. Tratándose del concubinario y la concubina, no existe caso en el cual el padre puede efectuar el juicio de desconocimiento de la paternidad, pues las reglas de los hijos fuera de matrimonio no la prevén, porque en general la paternidad no se atribuye por disposición legal, sino que el vínculo paternal surge por la voluntad del padre o por disposición judicial; más adelante veremos que el reconocimiento puede ser impugnado, pero no es el padre quien está habilitado legalmente para hacerlo, sólo se da esa oportunidad cuando el reconocimiento lo hace un menor, es entonces, cuando podrá impugnar una vez que cumpla la mayoría de edad, y tratándose de una sentencia que declare la paternidad no se puede impugnar; nótese que no es desconocimiento de la paternidad, precisamente porque no la efectúa el supuesto padre, excepto en el caso ya mencionado. Al parecer, los hijos de un concubinario y una concubina están más protegidos que los hijos de matrimonio, porque en la presunción del artículo 324 hay elementos, como el juicio de desconocimiento de la paternidad. El legislador al tratar de igualar la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio con los nacidos dentro de matrimonio, rebasó a estos últimos. Debemos tener presente que, a partir de la reforma, en el concubinato se establecen reglas para que se considere que tiene esa relación, y se crean los mismos derechos y obligaciones que en el matrimonio para los cónyuges:

- Que hayan vivido como si fueran cónyuges
- Que hayan tenido hijos en común
- Que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato
- Que el hijo haya nacido en tiempo hábil

Los concubinarios son personas que no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio entre sí; antes decía que hubieran vivido como marido y mujer, ahora con la reforma dice que, “vivan en común, en forma constante y permanente”; esto implica que basta con que vivan juntos y no tengan relaciones con otras personas, deben cumplir con los dos principios mencionados; ahora sí se puede sancionar, si el concubinario anda con otra u otras mujeres aparte de la concubina y tiene acceso carnal con ellas, en esta caso, la concubina puede demandar indemnización por daños y perjuicios. Para heredar, basta con que vivan en común, en forma constante y

permanente, por lo menos dos años; este requisito puede no cumplirse cuando hayan tenido un hijo en común.

Resulta curioso, porque al parecer puede hasta convenir más una situación de concubinato, para los hijos, que la de matrimonio; pues el infante está más protegido. Lo que se debe acreditar para demostrar la existencia del concubinato, es que los padres han vivido en común, en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años; sin que se encuentren casados, ya sea con otras personas o entre sí, y que el hijo haya nacido dentro del concubinato o dentro de los trescientos días en los cuales haya concluido el mismo.

Entonces, demostrando esos puntos ya no es necesaria la investigación de la paternidad, pues la situación de los hijos de concubinarios es muy parecida a la de los hijos de cónyuges.

## **D. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN CUANTO AL PADRE.**

De acuerdo con el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, hay dos formas para establecer la filiación de los hijos nacidos de personas no casadas:

- a) El reconocimiento
- b) Sentencia ejecutoriada, por medio de la investigación de la paternidad.

Se establecen estos supuestos, porque en general entre personas no casadas, no existe obligación de fidelidad y como no puede presumirse un padre específico, lo único que queda, son los caminos que jurídicamente se han establecido. El reconocimiento que pueda hacer el hombre, lo que dará una prueba de que acepta al hijo como suyo, y en caso de que no hacerlo voluntariamente, sería injusto pues dejaría sin padre al hijo, por ello se permite la investigación de la paternidad, pero sólo en algunos casos.

A continuación estudiaremos cada una de esas formas de establecer la filiación paterna.

### **a) EL RECONOCIMIENTO**

Antes de la reforma, el artículo 360 del código civil hablaba de "reconocimiento voluntario", se modificó porque el artículo 60 estableció la

obligación que tienen el padre y la madre de reconocer a sus hijos; sin embargo el reconocimiento efectuado por el padre y la madre es de manera voluntaria, es una declaración de voluntad que lleva a cabo el padre o la madre (ésta puede ser realizada de manera separada o conjunta); por medio de esta manifestación de voluntad el padre o la madre o ambos señalan que ese hijo, es de ellos, para esto tendrán que exteriorizar su voluntad, haciendo uso de los medios establecidos en el Código Civil.

Se ha mencionado que el reconocimiento es una declaración de la voluntad, misma que tiene como finalidad que quede firme y como auténtica la relación filial entre el padre y el hijo, o la madre y el hijo; lo cual es justamente el objetivo que tiene nuestro Código, es decir, que el hijo tenga un padre y una madre. Afirmamos que es una declaración de la voluntad, pero con ello no se pretende determinar cuál es la naturaleza jurídica del reconocimiento; sin embargo, no abordaremos ese tema, pues resultaría sumamente extensa para las pretensiones del presente trabajo. Mencionaremos solamente que la doctrina ha estudiado y analizado arduamente este problema. Por ello encontramos una serie de teorías al respecto; están las teorías del reconocimiento: la "confesión", reconocimiento "admisión", reconocimiento "declaración", reconocimiento como "negocio jurídico", reconocimiento como acto de "poder familiar".<sup>52</sup>

Hecho el señalamiento anterior, y sabiendo que difícilmente podríamos llegar a una conclusión totalmente válida sobre la naturaleza del reconocimiento, continuaremos con el análisis del presente tema en la regulación del Código Civil vigente; para ello analizaremos los siguientes puntos en el reconocimiento, aclaramos que ahora, después de la reforma lo que analizaremos también se aplica a la mujer, y aunque lo manejamos para el hombre, no debemos olvidar que el Código ahora lo establece para ambos:

- Sujeto Activo
- Sujeto Pasivo
- Formas de reconocimiento y la presunción del mismo
- Impugnación del reconocimiento
- Efectos del reconocimiento

## SUJETO ACTIVO

Antes de la reforma sólo podía ser sujeto activo el padre; ahora con la reforma también lo puede ser la madre. Es un hombre quien cree que el hijo de una determinada mujer es suyo, por ello decide exteriorizar su voluntad en

---

<sup>52</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 439-451.

las formas fijadas en la ley, para establecer ante la sociedad, que una persona es su hijo; pero además se deben observar en ese sujeto:

- La capacidad; y
- El ejercicio de la patria y la custodia

*La capacidad.*- Entendida de manera general, puede señalarse que todos la poseemos, excepto aquéllos a quienes la ley excluye; pero entendida de manera específica, para el caso que tratamos del artículo 361 del Código Civil:

“Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido”.

Entonces encontramos que la regla general, para reconocer a un hijo, es una persona quien tenga la edad exigida para contraer matrimonio, hasta antes de la reforma la edad era dieciséis años para el hombre, y en el caso de la mujer catorce (art. 148). Ahora el artículo 148 del C.C.V.D.F. dice que se requiere sea mayor de edad, entonces para reconocer al hijo, se requiere tener la mayoría de edad más la edad del hijo, que se va a reconocer. Una persona casada puede reconocer al hijo, aún sin consentimiento del cónyuge, pero no puede llevarlo a vivir a su hogar a menos que su cónyuge lo consienta; sin embargo, su capacidad se ve restringida, porque si tiene un hijo con una mujer casada no puede reconocer al hijo, a menos que el marido lo desconozca, por ello afirmamos que su capacidad está restringida (art. 374).

Ya comentamos la capacidad de las personas quienes pueden reconocer a los hijos, de aquí puede surgir la siguiente pregunta:

¿Una persona que sufre de incapacidad podría reconocer al hijo?. En la pregunta que acabamos de elaborar aparece la palabra “incapacidad”, por ésta debemos diferenciar la considerada para los menores de edad y la de los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia. Los menores de edad pueden reconocer al hijo, pero para ello requieren el consentimiento del o de los que ejercen la patria potestad, sobre ellos o de quien posee su tutela; y cuando falten éstos, entonces podrá hacerlo con autorización judicial; tal como lo dispone el artículo 362 del Código Civil. Se puede apreciar que el artículo que acabamos de mencionar ofrece una amplia protección al menor de edad; el legislador reconoce que muchas veces los jóvenes impulsados por la curiosidad o por otras circunstancias pueden tener relaciones sexuales, y de ahí engendrar un hijo; pero también prevé (el legislador) que los jóvenes basados en su inexperiencia, pueden

cometer el error de reconocer a un hijo que no es suyo, por ello lo establece como requisito para el reconocimiento de las personas ya mencionadas, e incluso el legislador en su afán de proteger al menor establece la posibilidad de anular el reconocimiento, cuando haya existido error o engaño; tal como lo expresa el artículo 363 del Código Civil:

“El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad”.

Por lo tanto, observamos que tratándose de los menores de edad puede darse el reconocimiento del hijo, pero con ciertas medidas; y también podemos ver que en su caso hay posibilidad de anular el reconocimiento.

Los mayores de edad que no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad.- Aunque se trata de personas mayores de edad poseen una incapacidad, por causa de enfermedad reversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual emocional, mental o varias de ellas a la vez, las cuales no permitan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos; tal como lo señala el artículo 450 fracción II. Si tiene incapacidad natural, es decir, dada por la naturaleza, y que a diferencia con el menor de edad sufre de incapacidad legal, y una vez que cumpla la mayoría de edad, los 18 años, terminará la incapacidad; entonces el mayor de edad que no puede gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, sufre una incapacidad, la cual no se quita cumpliendo una mayoría de edad. Antes de la reforma, el Código Civil consideraba en todo momento, incapaces a esas personas mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aún cuando éstas “tuvieran intervalos lúcidos...”; no ocurría igual con las personas quienes también se consideran incapaces de hecho, por la naturaleza, como son los que padecen de una afección originada por alguna enfermedad o que tienen deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial; o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; no los consideraba totalmente incapaces, pues establecía que serán incapaces siempre y cuando la limitación o alteración en la inteligencia, provocara que estas personas no pudieran gobernarse y obligarse por sí mismos, o no pudieran manifestar su voluntad por algún medio; de tal modo que eran capaces cuando estuvieran en condiciones de gobernarse y obligarse por sí mismos, o bien cuando pudieran manifestar su voluntad; pero el propio artículo antes mencionado era el que hace la división. Hoy en día no señala la frase: “aunque tengan intervalos lúcidos”; se toma en general y se determina que será, cuando no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad; pero cuando lo puedan hacer, es decir,

tengan lapsos de lucidez, entonces no se consideraran ubicados en la fracción II del artículo 450.

Es necesario señalar que hace unos años se modificó la redacción de este artículo, pues muchos consideraban que era un insulto a las personas quienes tenían incapacidad mental. Esto lo apuntamos porque el artículo 1307 establece una excepción a la incapacidad mencionada, determina que: "es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal efecto se observen las prescripciones siguientes...". Es decir, las disposiciones establecidas en los artículos 1308 al 1312. En la redacción del artículo transcrito notamos que habla de una persona "demente".

Cabe señalar que es válido el testamento en un momento de lucidez, en el mismo testamento puede efectuarse el reconocimiento, pues es uno de los medios aceptados para hacer el reconocimiento como veremos más adelante.

*Ejercicio de la Patria Potestad y su Custodia.*- Es bueno recordar que son dos instituciones deferentes, se puede tener patria potestad sin custodia, pero no viceversa. El artículo 417 de C.C.V.D.F. a la letra dice:

"Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo Familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial."

Puede observarse que el propio artículo hace la distinción, al decir que se puede tener la patria potestad y carecer de la custodia. Ahora veremos la definición de cada una de estas instituciones jurídicas, para que nos quede claro.

"Patria Potestad. Conjunto de las facultades —que supone también deberes— conferidos a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes,

según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.<sup>53</sup>

“Custodia. Guarda o cuidado de una cosa ajena.// Vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente.”<sup>54</sup>

El artículo 413 del C.C.V.D.F. señala que “la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos”; pero en ese mismo artículo se señala el ejercicio de la custodia; apuntando que esta se va a regir por “las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la ‘Ley para el Tratamiento de Menores infractores para el Distrito Federal en Materia común y para toda la República en Materia Federal’”.

Hace unas décadas, el Código Civil establecía una distinción entre el ejercicio de la patria potestad de los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de matrimonio. Hoy en día las reglas son para ambos, y se establecen en el Título Octavo, Capítulo I; pero el problema más grande se generaba de la redacción del artículo 415 (hoy derogado), pues generaba una confusión, se consideraba la misma cosa, la patria potestad que la custodia; así el artículo 415 a la letra establecía:

“Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercen ambos la Patria Potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381.”

El problema era justamente que los artículos 380 y 381 se referían a la custodia. Entonces, cuando los padres no vivieran juntos, se iba a aplicar a la patria potestad las reglas de la custodia, por ello resultaba totalmente incoherente; estos artículos, establecían:

“Art. 380:

Quando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.”

---

<sup>53</sup> DE PINA, Rafael. Op. Cit. Pág. 222

<sup>54</sup> Ibid. Pág. 88.

“Art. 381:

En caso que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados del Ministerio Público.”

Así que de acuerdo con este último artículo, resulta que se perdía la patria potestad por no ser el primero en reconocerlo, si se aplicaran los artículos 380 y 381 a la patria potestad. De tal forma que aún cuando se hubiere modificado el artículo 381 en 1971, el sentido seguía igual, si se tratará de aplicar las reglas de una institución a otra distinta.

Hoy en día el artículo 415 está derogado; y el artículo 414 del Código Civil establece que “La patria Potestad sobre los hijos se ejerce por los padres...”; entonces ambos padres la ejercen y el artículo 416 maneja el caso de la separación, y no hace distinción si la separación se da entre personas casadas o no, entonces se entiende que incluye a los dos y a la letra dice:

“Art. 416:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente oyendo al Ministerio Público, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En este supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

El artículo hace la distinción del ejercicio de la Patria Potestad y la Custodia, y aún cuando se carezca de la guarda y custodia del hijo el padre está obligado a colaborar en su alimentación, conservando los derechos de vigilancia y convivencia con el hijo; debiendo observar las modalidades establecidas en el convenio o en la resolución judicial. Por ello resulta sumamente importante conservar la patria potestad, misma que genera derechos y obligaciones. El artículo 417 establece la importancia del ejercicio de la Patria Potestad, lo cual permite una convivencia del hijo con los padres, y por ende un mejor desarrollo dentro de una vida más o menos

normal para los hijos, ya que se pretende que éstos sufran lo menos posible por los errores de los padres.

“Art. 417:

Los que ejercen la patria potestad aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”

Respecto a la custodia, se siguen aplicando las reglas del artículo 380 y 381. Así que cuando los padres no viven juntos, por medio de acuerdo determinan quién tiene la custodia; en caso de no llegar a un acuerdo, será el Juez de lo Familiar quien lo decidirá oyendo al padre y la madre, al menor y al Ministerio Público; pero siempre atendiendo los intereses del menor. Ahora bien, cuando el reconocimiento lo efectúen sucesivamente, la custodia la ejercerá el padre que primero lo reconoció; excepto que los padres acuerden algo distinto; pero si el Juez de lo Familiar, atendiendo los intereses del menor, cree necesario modificar el convenio hecho por los padres, lo hará, cuando sea una causa grave, con audiencia de los progenitores y el Ministerio Público.

#### SUJETO PASIVO

Será el reconocido, por ello debemos saber quiénes pueden ser reconocidos; y de acuerdo con el Código Civil podemos afirmar que son los siguientes:

- El mayor de edad;
- El menor de edad;
- El que está en estado de interdicción y hasta antes del 25 de mayo del 2000:
  
- El no nacido; y
- El hijo muerto.

*El mayor de edad.*- De acuerdo con el Código Civil vigente, una persona que es mayor de edad puede ser reconocida, siempre que ésta otorgue su consentimiento, mismo que deberá darse expresamente y el cual aparecerá en el acta relativa, según el artículo 79. Este artículo también fue modificado, se le quita el arcaico término de "hijo natural", pero en todo lo demás sigue igual. Ese mismo requisito, el del consentimiento, se establece en el artículo 375.

El artículo 79 se aplica cuando el reconocimiento se realiza en el acta especial, es entonces, cuando el Juez del Registro Civil debe establecer el consentimiento en el acta respectiva. Por otra parte, el artículo 375 maneja de manera genérica el consentimiento que debe otorgar el hijo, así que cuando se efectúe el reconocimiento, también debe solicitarse el consentimiento del hijo, para que ese reconocimiento sea jurídicamente válido, y pueda surtir efectos. El consentimiento se realizará en el acto del reconocimiento; excepto cuando el reconocimiento se lleve a cabo por medio de testamento, entonces el consentimiento podría darse posteriormente.

*El menor de edad.*- El mismo artículo 375 del Código Civil Vigente del Distrito Federal, establece que puede reconocerse al menor de edad; pero debe otorgar su consentimiento, el tutor del menor, para que pueda ser reconocido, esto suponiendo que tenga tutor; pero en caso de carecer de él, el Juez deberá nombrarle uno especial para efectuar ese acto.

La función del tutor, en este caso, es esencial; porque como se puede apreciar, el hecho de que deba existir (para este caso) un tutor, es para proteger los intereses del menor. El legislador no es ingenuo, y sabía que muchas veces el reconocimiento podía efectuarse por interés, y no por lasos afectivos o morales; por esta razón se establece la condición del tutor, incluso este espíritu se refleja en el artículo 1623, en el cual se establece que: cuando se pueda suponer que el ascendiente efectúa el reconocimiento pretendiendo obtener un bien material del hijo, el ascendiente y los descendientes de éste no tendrán derecho a la herencia del hijo reconocido, pueden recibir alimentos cuando el hijo haya tenido ese derecho.

El legislador, en conciencia de que quien toma la decisión de otorgar el consentimiento, es el tutor, y siendo una persona distinta al menor que pudo ser influenciado por factores, llevándolo a tomar una decisión contraria a los intereses del menor, deja abierta la posibilidad de reclamar contra el reconocimiento, para ello tendrá dos años, término que correrá cuando

cumpla la mayoría de edad, si sabía del reconocimiento; y en caso de no saberlo, el término correrá a partir de que sepa de éste(art. 376 y 377).

*El hijo que está en estado de interdicción.-* Antes de la reforma no se establecía expresamente, pero tampoco se prohibía; sin embargo ahora son más claras las reglas para las personas quienes se encuentran en esta situación, pues se determina que la autorización para efectuar el reconocimiento debe provenir de su tutor; y en caso de carecer de éste, el Juez de lo Familiar nombrará uno especialmente para éste acto (art. 375).

*El hijo no nacido.-* Era uno de los sujetos pasivos que preveía el Código, el artículo 364 (en la actualidad derogado) establecía que "Podía reconocerse al hijo que no había nacido..."; ha desaparecido éste. Sin embargo, en el código civil con la reforma, se incluye la posibilidad de reconocer a un hijo no nacido; el artículo 353-Quátier a la letra dice: "Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada". Entonces como sabemos el artículo 22 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, el cual se refiere a la personalidad de los individuos, mismo que le denomina capacidad jurídica, establece que la personalidad se adquiere por el nacimiento; de tal manera que si un sujeto no ha nacido se le confiere capacidad jurídica; sin embargo, como se dijo esto ocurría en principio, porque como vimos, el artículo 364 del Código Civil, establecía que la persona podía ser reconocida como hijo, aún antes de que naciera, y ahora se establece en el artículo 353-Quátier, para ambos, la antigua redacción del artículo 364 y la actual del artículo 353-Quátier, se refuerza con lo establecido en el artículo 22 del Código Civil en su segunda parte que a la letra dice: "... 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". Así es, pero para que pudiera ser considerado jurídicamente válido el nacimiento, aún en los casos en que se tiene por nacido al producto y por ende surte efectos jurídicos, tendrá que cumplirse con un requisito esencial:

- Que el hijo que se pretende reconocer debe estar concebido en el tiempo en que se efectúe el reconocimiento.

Y hay quienes consideran que también se requiere que:

- Que nazca viable, es decir, que el producto una vez desprendido enteramente del seno materno, haya vivido, por lo menos, veinticuatro horas o que haya sido presentado vivo al Registro Civil.

Según algunos, son dos requisitos que debían cumplirse. Posiblemente podría pensarse que bastaría con el primero, es decir, que el hijo estuviera concebido al momento del reconocimiento; esto lo asociamos con el artículo 22 del Código, pues nos indica que el ser concebido "... entra bajo la protección de la ley...", precisamente desde su concepción; sin embargo no siempre ocurre así, porque el artículo 337 señala que para efectos legales, únicamente, "... se tendrá por nacido al que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad". Siendo esencial este mandamiento, porque de lo contrario no podría surtir completamente efectos legales, debemos recordar que el reconocimiento da lugar a una serie de derechos, los cuales aparecen en el artículo 389, y entre ellos está el derecho a recibir una porción hereditaria; pero el artículo 1314 establece: "son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos a tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337." Quiere decir, que debe nacer viable, por lo tanto consideran que si no nace viable no surte efectos el acto jurídico del reconocimiento.

Pero no estamos de acuerdo con esa postura, pensamos que para que pueda ser reconocido el producto debe estar concebido, sin que se requiera nazca viable, esto si lo relacionamos con el artículo 22 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal el cual señala que el concebido entra bajo la protección de la ley. Sabemos que con el reconocimiento se tienen los derechos enumerados en el artículo 389 del Código Civil; sin embargo aquí habría una excepción, pues el ser concebido, no podría beneficiarse de los derechos establecidos en la ley; podría tener derecho a llevar los apellidos de quienes lo reconocen o quien lo reconoce, de lo contrario sería un tanto injusto para esa criatura y también, creemos, tiene derecho a los alimentos; la pregunta es ¿cómo se le van a proporcionar si ya murió o no ha nacido?. Como sabemos los alimentos comprenden casa, vestido, comida, asistencia médica y cuando es menor de edad proveer de un oficio al hijo. Estamos convencidos que la manera de dar alimentos sería otorgándolos a la madre, no para ella sino para el producto, para que tenga un buen desarrollo, que es lo que se pretende con los alimentos, requiere de éstos; quizá baste con que los alimentos sean suficientes para cubrir casa, comida y asistencia médica; nosotros lo observamos, como lo que ocurre cuando en un trabajo se da el periodo de maternidad, es decir de lactancia, se otorga no por protección a la mujer sino al producto que lleva dentro; si lo que se pretende con el Código es dar o crear igualdad entre los distintos hijos, porque como hemos mencionado ellos son los más afectados por actos en los que no intervienen,

debe interpretarse el código de la manera indicada, porque si no se da la posibilidad señalada, los hijos fuera de matrimonio estarían en desventaja, toda vez que para que los hijos de matrimonio sean beneficiados por lo establecido en el artículo 389 basta con que la madre se presente ante el Registro Civil con el acta de matrimonio, ya que con esto logra que sus hijos sean imputados a su cónyuge, no importando que no haya nacido. El concebido se veía beneficiado, porque incluso el artículo 328 (hoy derogado) ordenaba que los hijos quienes no hubieran nacido viables no podían ser desconocidos. En cambio los hijos nacidos fuera de matrimonio, si interpretamos, se requería nacieran viables, no tendrían esos derechos. Pero como mencionamos no gozan de todos los derechos del artículo 389, pues así lo disponía expresamente el Código (hasta la fecha, para cualquier clase de hijo), así es, nos referimos a la porción hereditaria, legalmente no se podría, pues el artículo 1314 del Código Civil determina, (hasta nuestros días) que los concebidos que no sean viables, no tienen capacidad para heredar, por lo tanto, este derecho los no nacidos no lo podrían gozar.

*El hijo muerto.*- El mismo artículo 364, señalaba que podía reconocerse al hijo muerto "... si ha dejado descendencia." Hoy en día está derogado este artículo, pero es absorbido por lo dispuesto en el artículo 348 del Código Civil, que a la letra reza:

"Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

- I. Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años;
- II. Si el hijo presentó, antes de cumplir los veintidós años, incapacidad de ejercicio y murió después en el mismo estado."

Entonces, el código abre la posibilidad de reconocer a un hijo que ha fallecido, pero que posee prole; pues la intención es beneficiar a los descendientes del hijo, por eso se reconoce al que fue su hijo, y el reconocimiento es precisamente eso, reconocer que era su hijo, no que es su hijo, pues se trata de un sujeto cuya personalidad, hablando jurídicamente, se ha extinguido; pero dicho acto genera beneficios para los descendientes. Como puede observarse el artículo 348 establece una edad máxima, la cual debe haber tenido el hijo que ha fallecido, para que sus descendientes puedan reclamar la filiación, la edad de veintidós años, así que si el hijo no los ha cumplido antes de morir, sus descendientes pueden reclamar el reconocimiento; o bien si sufrió incapacidad de ejercicio y murió padeciéndola, sólo así se admitirá, que aún cuando el hijo haya tenido más de 22 años al fallecer, los descendientes puedan reclamar la filiación.

## **i) FORMAS DEL RECONOCIMIENTO**

Con este apartado pretendemos saber las formas establecidas en el Código Civil para efectuar el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La respuesta nos la da el artículo 369 del Código que a la letra dice:

“El reconocimiento de un hijo, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

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

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.”

Estas son las cinco formas aceptadas por la ley para efectuar el reconocimiento de los hijos. Como puede observarse, nuestra ley limita las posibilidades, de tal manera que si un hijo es reconocido de otra forma, como por carta, fax, correo electrónico, etcétera, no sería válido el reconocimiento, pues no se trata de ninguna de las cinco formas establecidas; sin embargo las formas enumeradas no pueden considerarse inútiles, pues podrían servir de prueba para la investigación de la paternidad o maternidad; el problema es el tiempo que puede llevar un juicio y por todo lo que se tiene que pasar, como por ejemplo, que se arrepienta el padre y ya no lo quiera reconocer, el dolor psicológico por el que tendría que pasar el hijo al escuchar el rechazo constante de su progenitor.

## **ii) IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO**

En este tema estudiaremos quiénes pueden impugnar el reconocimiento, entonces encontramos que, de acuerdo con nuestro Código Civil, se establecen como personas que pueden impugnar el reconocimiento:

- El hijo menor de edad.
- El progenitor que pretende se excluya al otro que se ha ostentado como tal (la madre).
- El Ministerio Público

- La mujer que cuida y ha cuidado la lactancia del niño y le ha dado su nombre o que ha permitido que lo lleve.
- Los terceros afectados.

*El hijo menor de edad.*- Ya habíamos comentado esta posibilidad que se abre para el menor de edad, quien puede ser reconocido y cuyo consentimiento él no lo otorga sino su tutor (en caso de tenerlo), si carece de éste, el Juez le nombrará uno especial (art. 375 C.C.V.D.F.); por lo tanto, puede darse el caso en que el menor de edad no haya estado de acuerdo con el reconocimiento; y como no sería trato igualitario con el mayor de edad, quien es el que da directamente el consentimiento, el legislador crea la posibilidad de realizar la impugnación del reconocimiento, cuando cumpla la mayoría de edad; pero además el Código Civil para el Distrito Federal fija plazos para deducir la acción en el artículo 377:

“El término para deducir esta acción será de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no lo tenía, desde la fecha en que la adquirió”.

En este artículo, se ve reafirmada la razón de por qué el legislador abre la posibilidad de impugnar el reconocimiento por el menor de edad, pues como se puede apreciar, el plazo de los dos años empieza a contar cuando cumple la mayoría de edad, si es que sabía que había sido reconocido, esto es, que como el tutor otorga el consentimiento, al parecer esto indica que no importa el pensar o el sentir del hijo, pues puede efectuarse el acto y no se le toma en cuenta, jamás, al menor.

El plazo, como se vio, es de dos años una vez que cumple la mayoría de edad; y si no sabía que se la había reconocido, entonces será contado el plazo (de los dos) años una vez que haya tenido conocimiento del mismo.

*El progenitor que pretende se excluya al otro que se ha ostentado como tal (la madre).*- Estamos manejando la impugnación del reconocimiento hecho por el padre, en este apartado hablamos de la progenitora, la madre, que pretende se excluya al progenitor (el padre) quien se ostenta como tal. Para ello veremos el artículo 368 párrafo 2º que determina:

“La misma acción tendrá el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el solo efecto de la exclusión...”

Señala “la misma acción”; se refiere a la impugnación del reconocimiento. Podemos observar que este artículo establece condiciones para que pueda llevarse a cabo la impugnación, como lo son que: 1.- El reconocimiento se

haya hecho indebidamente; 2.- O que el reconocimiento se haya realizado para el solo efecto de la exclusión (pues de acuerdo con el primer párrafo del artículo en comento, se establece como principio esencial para efectuar la acción contradictoria del reconocimiento) 3.- que el reconocimiento se efectúe en perjuicio del menor (así que como lo que se pretende es proteger al menor se le da la posibilidad, a la madre, de impugnar el reconocimiento; pero además debe concurrir otra situación, que se efectúe el reconocimiento 4.- sin el consentimiento de la madre (como lo establece el artículo 379 del C.C.V.D.F.).

Nosotros consideramos que el artículo 379 del C.C.V.D.F., se refiere a que el consentimiento de la madre será necesario cuando se trate de un menor de edad, así tendría concordancia con el artículo 375 (donde se indica que se requiere del consentimiento del tutor). Este consentimiento, pensamos se dará por la madre, cuando ésta haya ya reconocido al hijo menor de edad, así que en caso de no haber otorgado el consentimiento de la madre, podrá impugnarse la paternidad; para ello deberá acudir a juicio, pues de la lectura del artículo 375 parecería que automáticamente queda sin efectos el reconocimiento; sin embargo, esto no es así, cuando la madre contradiga el reconocimiento por la falta de su consentimiento, estamos hablando del RECONOCIMIENTO YA HECHO, en el cual, al parecer quedan a salvo los derechos de la madre para que efectúe la reclamación en juicio contradictorio; pero deja sin efectos el reconocimiento ya realizado, si fuera de esta manera, automáticamente sería tanto como privar de los derechos ya adquiridos al padre, sin haber sido oído y vencido en juicio; por ende se estaría violando su derecho de audiencia, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, y por lo tanto el artículo 379 del C.C.V.D.F. podría tacharse de inconstitucional; por ello creemos que para que se efectúe la impugnación del reconocimiento, con base en el artículo 379 del Código Civil Vigente del Distrito Federal, se requiere de juicio.

*El Ministerio Público.* - Es otro de los establecidos en el Código Civil, quien está facultado para realizar la impugnación de la paternidad, pues no debemos olvidar que es el representante de la sociedad y tiene dentro de sus deberes defender los intereses de los menores de edad, como se puede apreciar en el artículo 368, primer párrafo del C.C.V.D.F.:

“El Ministerio Público tendrá acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor.”

La condición es que el reconocimiento se haga en perjuicio del menor, como puede observarse se crea un plazo amplio para la impugnación de la paternidad, pues puede hacerla de manera inmediata la madre o en su

defecto el Ministerio Público, mientras se trate de un menor de edad; pero cuando cumpla la mayoría de edad, tendrá dos años para realizarla, o si no sabía del reconocimiento, será a partir de que se entere del mismo.

*La persona que cuida o ha cuidado la lactancia del niño y le ha dado su nombre o que ha permitido que lo lleve.-* Esto lo encontramos asentado en el artículo 378 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en la redacción de antes de la reforma decía:

“La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, ha quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.”

Con la reforma, el artículo 378 a la letra dice:

“La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.”

Conforme a este artículo, antes de la reforma, vemos que la mujer de la cual se hablaba era una distinta a la madre, es decir, que no existía un lazo consanguíneo con el niño; sin embargo ella lo había tenido a su cuidado, lo había tratado como hijo y le había dado todo para su subsistencia.

Resulta muy interesante este artículo, porque el Código está dando lugar a la creación de un tipo especial de familia, en la cual no es necesario el lazo biológico para que subsista; sino que basta con el trato dado, pues todo esto resulta en beneficio del hijo. Antes de la reforma se refería a la mujer que lo ha cuidado, lo ha tratado como hijo y se ha preocupado no sólo por darle para que subsista, sino además por educarlo; por ello resulta una madre de hecho para ese niño. Con la reforma no se habla de “mujer”, sino de “persona”, esto significa, que puede ser tanto un hombre como una mujer, lo

que importa es el trato dado a ese ser, es decir, que lo tratan como a un hijo, se preocupan por su subsistencia, cuidado, educación, etc.

El legislador, consciente de esas situaciones, le da protección a la persona quien ha efectuado tan bello acto, y al hijo (sabemos que no se trata de la madre porque entonces podría hacer uso del artículo 379). Creemos que la protección es tanto para el hijo como para la madre o el padre, porque lo lógico es que el hijo se haya acostumbrado a esa persona, que la quiera y la identifique como su madre o su padre; así que el hecho de que lo reconozca el padre o la madre, podría dar lugar a tener la guarda y custodia del hijo, separándolo del hogar del cual ya era parte, cosa que resultaría injusta para la persona que lo ha cuidado y para el hijo, pues si ella le ha dado tiempo, cariño, educación y lo necesario para subsistir y de pronto se lo quitan porque *no es su hijo, sus esfuerzos y desvelos serían totalmente ignorados*. En el caso del hijo le costaría entender la situación y adaptarse a ella, pudiendo crearle fuertes problemas psicológicos, porque el hecho que haya sido una mujer o un hombre que no es su madre o su padre quien lo cuidó y le dio su cariño, significaría que sus padres lo dejaron, lo olvidaron a suerte. Pero además, el lazo afectivo creado entre el hijo y la mujer o el hombre, a quien llama madre o padre, no puede ser borrado de tajo por un simple reconocimiento; el ser padre implica más que *firmar un papel aceptando que es su hijo, porque los desvelos, los cuidados, el cariño no se generan así*; por eso el legislador, en consecuencia de esa situación, determina que la persona quien ha invertido su tiempo, cariño, en un niño, puede impugnar el reconocimiento hecho sobre el ser que tiene ella a su cuidado. Además, establece el Código que aún cuando se haga el reconocimiento, la persona quien lo ha tenido a su cuidado, no podrá ser separada del hijo, pues la única forma de obtenerlo, es que la persona lo entregue voluntariamente o una sentencia ejecutoriada la obligue. El término que tiene para contradecir el reconocimiento es de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

*Los terceros afectados.*- Aparecen contemplados en el artículo 368 tercer párrafo que establece:

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

Notamos que el tercero afectado está facultado para contradecir la paternidad en vía de excepción, cuando se trate de obligaciones que provienen de un reconocimiento "ilegal". Como puede apreciarse, debe ser un reconocimiento efectuado de manera ilegal, mismo que obligue a un tercero; por ejemplo, cuando el padre realice el reconocimiento ilegal, y que

por dicho acto se vea obligado el abuelo a dar alimentos, en este caso, el abuelo tiene derecho de contradecir el reconocimiento, pero sólo en vía de excepción.

Para comprender mejor el artículo citado, debemos recordar lo que son las excepciones, por éstas debemos entender que: "son, pues los contraderechos en que puede basarse el demandado para hacer infructuosa la acción del actor"<sup>55</sup>. Así que en el ejemplo expuesto, observamos que se efectúa en vía de excepción esa obligación impuesta. El abuelo en este caso, puede excepcionarse y negarse a cubrir lo que comprenden los alimentos; y resulta muy importante que se contradiga la paternidad en vía de excepción, porque ello significa que aún cuando se impugna contra el hijo reconocido, éste puede seguir ostentándose como tal, sólo que no podrá anteponerse con tal calidad frente al tercero que se excepciona.

### iii) EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO

Están contemplados en el artículo 389 del Código Civil, mismo que dice lo siguiente:

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

Con la reforma se agrega la fracción IV:

"IV. Los demás que deriven de la filiación."

Son loables los derechos que se contraen con el reconocimiento, y resultan esenciales para una aceptación social, así como para subsistir.

Comentaremos que la fracción I establece un estatus igualitario entre los hijos, pues claramente determina que llevarán el apellido paterno de cada uno de los padres o ambos apellidos de quien los reconozca. En el Código Civil de 1884, se establecía, en los derechos que se daban al hijo reconocido, el de llevar el apellido de quien lo reconocía (art.356 frac. I). Lo

<sup>55</sup> BECERRA BAUTISTA, José. "Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil". Ed. Jus. México. 1957. Pág. 134.

grave de esta disposición era, como ya lo habíamos comentado, se generaba una serie de discriminaciones de tipo social con base en lo establecido en ese artículo, pues automáticamente podía identificarse a un hijo fuera de matrimonio, porque sólo tenía un apellido. Por ejemplo, se presentaba el sujeto diciendo que se llamaba Juan Pérez, y le preguntaban - ¿Pérez qué?- y tenía que contestar - sólo Pérez -; entonces de manera inmediata podía saberse que ese hijo fue habido fuera de matrimonio; en esas épocas resultaba muy mala esa situación; esto duró hasta 1975, cuando el 30 de diciembre se hace una reforma a la fracción I (quedando como está hoy en día), así el hijo, aún cuando sea reconocido por uno de los padres, tiene derecho a llevar ambos apellidos, con la finalidad de que el hijo no sea objeto de discriminación, como lo fue.

Por último, trataremos de efectuar una pequeña anotación a la fracción II de este artículo 389. La redacción de la fracción determina que dentro de los efectos del reconocimiento, está el tener derecho a recibir alimentos, por parte de "las personas que lo reconozcan". Es aquí donde encontramos un problema, pues al tratar de aplicar esta fracción, parece que se genera obligación de alimentar, sólo por parte de la persona que reconoce, y no debe ser así; pensemos en Ramón, quien procrea un hijo con Josefita y no quiere hacerse responsable de él, y viéndose en esta situación Josefita, interpone un juicio de reconocimiento de paternidad en contra de Ramón, solicitando que Ramón reconozca al hijo (habido entre ellos), al finalizar el juicio gana Josefita y su hijo, y consiguen el reconocimiento; pero Ramón fallece al mes de dictada la sentencia, el problema será: ¿quién cumplirá con la obligación de dar alimentos?; toda vez que Josefita, aún trabajando todo el día, no tiene la posibilidad de alimentar, vestir, darle casa, educación y asistencia médica al hijo. Ramón ya falleció, y él, como la persona que había reconocido a su hijo, estaba obligado, (conforme al artículo 389) entre otras cosas, a darle alimentos a su hijo; en concordancia con esto, aunque el papá y mamá de Ramón puedan darle alimentos al hijo no están obligados, pues la fracción es clara al establecer que la obligación es para las personas que lo reconozcan; y como ni el papá, ni la mamá de Ramón lo reconocieron, por lo tanto no están obligados a hacerlo de acuerdo con este apartado. Si aplicamos directamente el artículo 19 del Código Civil, podemos observar que la letra de la ley es clara, al señalar que la obligación es para "las personas que lo reconozcan". Por esto pensamos que es verdaderamente necesario modificar esta fracción, para no generar problemas para el hijo o hija, quien a final de cuentas no puede percatarse de estas situaciones, pero que las reciente directamente.

## **b) LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD**

### **i) SISTEMA SEGUIDO EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD POR EL DERECHO MEXICANO**

Los sistemas seguidos en materia de investigación de la paternidad pueden dividirse en dos grandes rubros:

- La libre investigación de la paternidad; y
- El no permitir la investigación de la paternidad

A partir de los adelantos en biología, que pudieron efectuarse desde el año de 1865 con Juan Gregorio Mendel, mismos que pasaron desapercibidos, hasta principios del siglo XX, que fue cuando todos los hallazgos logrados por Mendel se tomaron en cuenta y sirvieron de base para la genética, los conoceremos en el siguiente apartado.

Los descubrimientos de la herencia genética, dieron acceso al conocimiento más cercano de un lazo de filiación entre el padre y el hijo, o la madre desconocida y el hijo; sin embargo, por desgracia estos descubrimientos no brindan en un 100% certeza, es decir tiene un índice de error, y aunque mínimo, lo poseen. Y al igual que la mayoría de descubrimientos nuevos, se genera en su entorno una serie de dudas que dan lugar a la desconfianza y al cuestionamiento, por ello encontramos opiniones en contra y a favor de la investigación de la paternidad.

Veamos primero las opiniones en contra de la libre investigación de la paternidad.

*No permitir la investigación de la paternidad.-* Existe una serie de argumentos para no permitirla como:

- El considerar (como lo hemos mencionado) que no hay método científico que dé lugar a probar plenamente, es decir, sin lugar a duda, que una persona determinada es el padre de un niño.
- Otro de los argumentos presentados es que la paternidad (a diferencia de la maternidad) no puede ser probada de manera directa, así que lo único que queda es probar de manera indirecta.
- Por otro lado se considera, que en caso de que se permitiera la libre investigación de la paternidad, es decir, poder accionar la investigación de la paternidad en todo tiempo; cosa que podría ser

contraproducente, ya que puede dar lugar a extorsión, toda vez que la madre puede valerse de ello para imputarle el hijo a un hombre cuya economía está bien, y en busca de un beneficio lo hace así, hasta poder obtener sentencia a su favor.

- También se dice que no resulta conveniente adoptar la libre investigación de la paternidad, con la finalidad de evitar, que el padre inste a la madre a que aborte para ahorrarse chantajes.

*Libre investigación de la paternidad.*- Hay quienes consideran que se debe permitir la libre investigación de la paternidad, bajo las siguientes razones:

- Los hijos tienen derecho a saber quienes son sus padres; y por ende, a que les cumplan, por las obligaciones que se generan con base en los deberes jurídicos de la filiación; así fue el sentir del legislador de nuestro Código de 1928 cuando señala en la exposición de Motivos que: "... se ampliaron los casos de investigación de la paternidad porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir". Podemos notar que fue necesario ampliar la posibilidad de investigar la paternidad, porque el más afectado es precisamente el hijo, y el hecho de desampararlo desde negarle la posibilidad de investigar la paternidad, y así mismo no poder recibir los beneficios del reconocimiento, se torna en la más grande de las injusticias, ya que es tanto como dejar sin protección al más necesitado.
- Que no se eludan las responsabilidades generadas al engendrar a un hijo, sea matrimonial o habido fuera de matrimonio. Es precisamente lo que nosotros consideramos parte de la esencia de permitir la investigación de la paternidad, sabemos que los lazos afectivos no nacen por mandato jurídico, y es una de las razones importantes para efectuar el reconocimiento; pero cuando éste no se realiza, ¿qué le queda al hijo?, ¿qué puede hacer para que el padre cumpla con sus obligaciones?. Si dejáramos como único recurso el reconocimiento, para que el hijo tuviera un padre cierto ¿cuántos seres humanos habrían sin poseer un progenitor?. Por eso resulta conveniente establecer una libre investigación de la paternidad, para que jurídicamente se proporcione lo más cercano a un padre cierto, y que una vez determinado éste, el hijo pueda reclamar, no el afecto, pero sí lo que por derecho le corresponde, como es el llevar el apellido del padre, tener derecho a alimentos y a una porción de la herencia; son bienes económicos que no le proporcionan cariño al hijo, pero le dan

por lo menos la posibilidad de obtener satisfactores que le permiten subsistir.

- Resulta injusto que sólo uno de los progenitores se encargue de las necesidades de los hijos. Este punto está sumamente ligado con el anterior, el hecho que uno de los padres afronte las responsabilidades de los hijos, es una carga pesada; de aquí se genera una serie de problemas en los cuales los afectados son varios. Hoy, en día, por fortuna son muchas las mujeres que trabajan y se desarrollan como profesionistas, como trabajadoras, hablamos de las mujeres porque generalmente son ellas las que cargan con los hijos fuera de matrimonio, pues durante nueve meses llevan dentro de sí al producto de las relaciones que tuvieron; no sucede así con el hombre quien puede incluso olvidarse de la mujer y del hijo engendrado. Entonces debe convertirse en padre y madre, darles lo que su trabajo le permita; pero algunas veces el hijo se convierte en una carga pesada, desde el hecho de no permitirle tener una vida para sí, pues las necesidades son muchas, el trabajar quita tiempo, el darle cuidado, manutención, sobre todo cuando sólo depende de ella. Posiblemente la madre lo haga con gusto, pero por momentos esa situación puede resultar asfixiante, si ella tiene una ayuda (por lo menos económica) disminuye la carga que lleva, dando lugar a una mejor convivencia con el hijo.

Pero la pregunta que aún queda es ¿cuál Sistema sigue nuestro Derecho Mexicano?. Por lo expuesto, podría pensarse que es el de la libre investigación de la paternidad; pues la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928 lo prevé, reconoce la importancia de tener la posibilidad de investigar la paternidad, y ¿realmente es así?. Antes de la reforma, debíamos observar una tesis jurisprudencial que hay al respecto:

#### **"FILIACION NATURAL. SISTEMA MEXICANO EN EL DERECHO COMPARADO (INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD).**

El Derecho Mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que, como se sabe, es diferente del sistema alemán y del inglés, dado que en este último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declara la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema alemán es un sistema abierto de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna; y el francés, aunque autoriza la investigación, lo hace solamente en ciertas hipótesis, limitativamente

determinadas, y algunas veces restringiendo los medios de prueba, y que es precisamente el nuestro. De ahí que el artículo 1717 del Código alemán textualmente disponga que 'como padre del hijo ilegítimo, en el sentido de los párrafos 1708 a 1716, vale quien haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de ese tiempo. No se toma sin embargo en consideración —sigue diciendo el artículo— una cohabitación si, según las circunstancias es notoriamente imposible que la madre haya concebido al hijo a consecuencia de esta cohabitación. Como tiempo de la concepción vale el tiempo comprendido —agrega el precepto— desde el día 181 al 302 antes del día de nacimiento del hijo, con inclusión tanto del día 181 como del 302'; por eso el Código Civil Suizo, que pertenece al mismo grupo germánico, en su artículo 314 establece que 'la paternidad se presume siempre que se pruebe que entre los trescientos y los ciento ochenta días antes del nacimiento, el demandado haya cohabitado con la madre del niño'; y que 'esta presunción cesa si los hechos establecidos permiten suscitar serias dudas sobre la paternidad del demandado'. En cambio, entre nosotros, que según se ha dicho, seguimos el sistema francés, la investigación de la paternidad no es abierta o libre, sino limitada a los cuatro casos a que se refiere el artículo 382 del Código Civil, o sea que sólo está permitida: I, en los casos de raptó o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; II, cuando el hijo se encuentra en la posesión de estado de hijo del presunto padre; III, cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; y IV, cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto —el 382 nuestro Código se ajustó al sistema francés de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán —artículo 1717 de BGB como lo dice García Téllez en sus motivos y concordancias, en cuanto a que estatuyó los casos en que se establece presuntivamente la filiación natural y no ya aquéllos en que se permitía investigar, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinario y de la concubina el citado artículo 383— con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges —artículo 324—."

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Volumen VII, Cuarta Parte. Página 225. Tesis Aislada.

Amparo directo 2848/56. Ignacio Flores Alvarez. 23 de enero de 1958.

En la tesis encontramos los dos sistemas, cuyos argumentos ya mencionamos; por un lado está el SISTEMA ALEMÁN, es decir, el SISTEMA

ABIERTO DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN y por el otro el SISTEMA FRANCÉS, es decir el SISTEMA LIMITATIVO DE LA INVESTIGACIÓN PATERNA. Además la tesis aclara que el sistema seguido por nuestro derecho era el francés, es decir, el sistema limitativo, pues antes de la reforma sólo se permitía investigar la paternidad en ciertos casos, cuatro para ser exactos; y la exposición de motivos se ajustaba al sistema alemán, pero las reglas que se aplicaban eran las apegadas al sistema limitativo de la investigación de la paternidad; así encontrábamos el artículo 382 que a la letra decía:

"Artículo 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 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 bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente, y
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre."

Notamos que por lo que se refería a los hijos nacidos de concubinario y concubina, el sistema que seguía, dice la tesis citada, era el alemán, pues se establecen los casos en los cuales se presume la paternidad y ya no en los que se podía investigar. Entonces, resultaba más adelantado, pues aquí se daba una igualdad entre los distintos tipos de hijos, al grado que se les daba el mismo trato, el de presumir la paternidad de los progenitores con base en que tienen cumplidos ciertos requisitos: como lo es el de cohabitar como marido y mujer, el estar ambos libres de matrimonio (lo cual implicaba presumir la fidelidad y el acceso carnal, o al menos una relación permanente y constante entre estas personas por la obligación de cohabitar, todo esto para tener el estatus de concubinario y concubina), por eso el artículo 383 establecía:

"Se presumen hijos del concubinario y la concubina:

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

La redacción es parecida al artículo 324 del Código Civil antes de la reforma.

Nosotros creemos que a pesar de los argumentos que existían en contra de la investigación de la paternidad, podía ser ésta benéfica, porque le da la posibilidad al hijo de saber quiénes lo engendraron; dentro de los argumentos encontramos que no se puede saber con exactitud quién es el padre; es muy cierta esta afirmación porque en esta prueba hay un margen de error, mismo que es bajo, pero con base en ese argumento no se puede permitir, por temor a que en algunos casos, se presente error y pueda llevar a cometer injusticias. Sin embargo consideramos que cada vez el margen de error se vuelve estrecho, porque la biogenética avanza a pasos agigantados, por eso en el presente capítulo analizaremos cómo es esa prueba, para que podamos tener una opinión mejor fundamentada. Cabe mencionar que con la reforma, el sistema seguido en la investigación de la paternidad es libre, pues el artículo 382 ya no limita a unos casos, y a la letra dice:

“La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

Por lo tanto con esta modificación se entiende que se puede realizar en todos los casos. Además en este artículo se establece algo muy interesante. Primero, que la paternidad y la maternidad se puede probar por cualquier medio que provenga de los avances científicos; pero no se queda hasta ahí el legislador, pues agrega que el sólo hecho de que el señalado como padre o madre se niegue a proporcionar la muestra para llevarse a cabo la prueba, se presumirá que es el padre o la madre, admitiendo contra la presunción prueba en contrario. Lo que no nos queda claro, es el actuar que deberá tener el Juez del Registro Civil ante la negativa, pues dice que se presume; pero eso implica que cuando se niegue a someterse a la prueba ¿el Juez deberá dictar sentencia a favor del hijo?, o ¿qué debe esperar, a que el pretendido padre siga diciendo que el no es el padre, presente testigos y no se someta a la prueba?.

#### - INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. EN QUÉ CONSISTE.

Para poderla entender y conocer, veremos las bases de partida de la presente prueba, por ello estudiaremos primero las leyes de Mendel, pues estas le dan nacimiento al futuro biogenético.

- Leyes de Mendel

Mendel se basa en el principio de dominación y recesividad, y por este medio formula tres leyes. Las primeras dos se aplican a especies que difieren por un carácter, y la tercera, son especies que difieren por varios caracteres y se pueden explicar de la siguiente manera:

“Primera Ley: llamada de ‘uniformidad de los mestizos de la primera generación’, como también ‘de uniformidad de los caracteres’.

Ella prueba los resultados en el cruzamiento de individuos puros que difieren en un solo carácter hereditario; es diferente que actúe el padre o la madre, ya que su influencia es equivalente. Lo importante es que sean de razas puras (en ese carácter), esto es, homocigotos. En la primera generación, todos los descendientes son exteriormente (fenotípicamente) iguales; el carácter aparecido en este caso para todos los descendientes se llama ‘dominante’, con respecto al carácter que permanece latente o dominado, que se llama ‘recesivo’. Si cruzamos, por ej., un ratón blanco con uno negro, los descendientes fenotípicamente serán todos negros; carácter dominante... genotípicamente, sus gametos también portarán el carácter blanco, que en este caso, es recesivo; por tal motivo serán genotípicamente considerados como híbridos.

... la primera ley... si se cruzan entre sí dos individuos puros, pertenecientes a razas distintas, que difieren sólo en un carácter hereditario, descendientes de la primera generación, son fenotípicamente uniformes, pero genotípicamente híbridos (heterocigotos)

... donde existe una igual fuerza hereditaria en los caracteres que se cruzan, vale decir, que ambos caracteres sean dominantes, se adoptará un carácter intermedio, estando en presencia de la herencia intermedia o mixta”<sup>56</sup>.

En sí vemos que la primera ley va dirigida a determinar el resultado tanto fenotípicamente (es decir la apariencia física de la prole), como genotípicamente (es decir el resultado de la mezcla de los genes del padre y la madre, los cuales darán lugar a los de los hijos). Maneja dos casos; cuando un individuo porta un carácter dominante y el otro recesivo, también maneja el caso de cuando ambos progenitores poseen el carácter dominante, con el requisito de que ambos progenitores deben ser de razas puras.

---

<sup>56</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 172

De lo estudiado podrían hacerse las siguientes fórmulas:

$Cd + Cr = \text{prevalece el } Cd$

$Cd + Cd = HI \text{ o } HM$

$Cd = \text{Carácter dominante}$

$Cr = \text{Carácter recesivo.}$

$HI = \text{Herencia Intermedia}$

$HM = \text{Herencia Mixta}$

“Segunda Ley: llamada ‘de la disyunción de los caracteres hereditarios’.

Esto ocurre con los descendientes de la primera generación... el carácter recesivo, si bien no aparece genótipicamente, ha quedado oculto en el genotipo, pero no ha desaparecido; es la potencialidad de la herencia que está dispuesta a manifestarse en la generación posterior. Cruzados los híbridos entre sí, observaremos que en parte de la descendencia reaparecerá el color blanco de uno de los abuelos... se concluye que una cuarta parte de los descendientes conserva el carácter recesivo (25% blancos), tres cuartas partes conservarán el carácter dominante (75% negro); la porción es por tanto 3 a 1 respecto de los caracteres dominante y recesivo... los que observan fenotípicamente los caracteres del color dominante, se ha concluido que sólo un 25 % de ellos son puros... al cruzarlos sus descendientes también conservarán el carácter dominante (color negro); y un 50% son híbridos, o sea, que al cruzarlos sus descendientes serán blancos o negros.

Segunda Ley... en el cruzamiento de los híbridos de la primera generación, en un 25% de sus descendientes reaparece el carácter recesivo de uno de los abuelos; en el 75% restante aparece el carácter dominante... se separan nuevamente los caracteres diversos en la proporción de 3 a 1... Esto respecto del fenotipo: en cuanto al genotipo, es decir el bagaje o carga hereditaria, la proporción es la siguiente: dentro de ese 75%, un 25% será puro y mantendrá el carácter de otro de los abuelos; el 50% restante se mantendrá híbrido, al igual que sus padres”.<sup>57</sup>

En la segunda ley, nos presenta lo que ocurre cuando los progenitores no son puros, sino híbridos, es decir, son producto de una mezcla, en la que de cualquier forma el gen dominante prevalece; pero no actúa sobre todos, dando lugar al surgimiento de un ser con el carácter recesivo.

“Tercera Ley: llamada ‘de la independencia de los caracteres’ también ‘de la combinación independiente de los caracteres hereditarios’.

<sup>57</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 172 y 173.

... Si cruzamos ratas de pelo blanco y crespo, se observará que los descendientes de la primera generación serán todos –con los caracteres- de pelo negro y crespo, esto dado el carácter dominante de uno de los progenitores (Primera Ley de Mendel)

Al cruzarse en segunda generación estos híbridos, los caracteres primarios de los abuelos se combinan independientemente entre sí, resultando en consecuencia descendientes: negros y crespos, negros y lisos, blancos y crespos, blancos y lisos... fenotípicamente aparecían con caracteres uniformes, genotípicamente (potencial hereditario) llevaban cada uno de los caracteres de sus padres...

La formulación de la Tercera Ley se anuncia: si se cruzan híbridos que difieren en dos o más caracteres, en su descendencia se produce la combinación independiente de los caracteres de los individuos de la primera generación (sus abuelos). En el cruzamiento sucesivo de los descendientes de estos híbridos, algunos seguirán reproduciendo descendientes iguales, mientras que otros producirán descendientes con distinto carácter... por cruces sucesivos, pueden reunirse nuevas cualidades estables relativas a nueva raza a formar...<sup>58</sup>

En esta parte se comenta de individuos que están diferenciados por dos o más caracteres, lo cual lleva a que los descendientes puedan crear caracteres independientes. Se han mezclado una y otra vez de generación en generación, y aunque puede ser que se guarden los caracteres uniformes en los descendientes, puede darse que tantas han sido las mezclas que se pierde el dato de origen, creando uno distinto, "independiente", como se le ha denominado.

Con estos pequeños apuntes, podemos tener conocimiento de la base de la genética, pues las leyes de Mendel resultan esenciales para esta rama.

#### \*\* Prueba de compatibilidad inmunogenética

Resulta necesario el estudio de esta prueba, porque durante el presente trabajo, observaremos los problemas jurídicos que se presentan en cuanto a la filiación, cuando el hijo es producto de las técnicas no naturales de reproducción, si sabemos como funciona esta prueba, podremos saber, si hay posibilidades de aplicarla o no en los supuestos que se crean; y si puede

<sup>58</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 173.

sucedier esto, entonces determinar si es o no necesaria una reforma al Código Civil Vigente.

El engendrar un hijo, implica una serie de herencia genética que los padres le proporcionan, para ello podemos ver características físicas que tiene el hijo con sus progenitores, pero esas características no sólo son físicas sino de distintas especies, como morfológicos, cromáticos, fisiológicos, sanguíneos, psíquicos y patológicos, ¿cómo se logra esto?. Tenemos que: "... la transmisión de caracteres hereditarios se produce mediante partículas elementales denominadas genes, de padres a hijos, transportados por los gametos sexuales. El núcleo de cada gameto porta un gran número de genes agrupados en cromosomas; a cada gen le corresponden uno o varios caracteres orgánicos determinados".<sup>59</sup>

Ahora es necesario saber cuál es la importancia del cromosoma. "Los cromosomas se componen de ácido desoxirribonucleico (DNA) en un armazón de proteína; los genes, unidades de la herencia, están constituidos por distintas longitudes de DNA...

... los cromosomas... están conformados por genes dispuestos en este orden regular y fijo, aportados por mitades por los padres del individuo... se afirma que el producto (hijo) es igual a la semisuma del bagaje hereditario del padre y de la madre; esto se representa por la fórmula matemática:

$$P = \frac{P + M}{2}^{60}$$

Todos los seres humanos normalmente poseen en cada célula 46 cromosomas que como se mencionó contiene ADN en la cual está la información genética que los padres transmiten a los hijos y tenemos que " De los 46 cromosomas, 44 son llamados autosómicos o somáticos y se encargan de todas las funciones no sexuales del individuo. Los cromosomas restantes, X e Y, son los cromosomas sexuales y diferencian a mujeres (XX) de hombres (XY). Los 46 cromosomas conforman 23 pares. Este ordenamiento de pares se debe al origen paterno y materno de cada par. El espermatozoide y el óvulo tiene 23 cromosomas sin formar pares, 22 somáticos y 1 sexual, X ó Y en el caso del espermatozoide y siempre X en el óvulo. Al producirse la fertilización se juntan los cromosomas de ambos gametos (espermatozoide y óvulo constituyendo en el embrión 23 pares. Si el

<sup>59</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág.174.

<sup>60</sup> IBIDEM

espermatozoide que penetró en el óvulo porta el cromosoma sexual X el nuevo ser será mujer, por el contrario, si el espermatozoide porta el cromosoma sexual Y será varón”.<sup>61</sup> Por lo tanto, como se pudo apreciar, es el varón quien define el sexo del producto.

Ahora veremos las características de los genes, estas pueden ser:

“Un carácter hereditario puede estar liquidado a la acción de una sola pareja de genes... si los genes de origen paterno y materno son partículas idénticas, tenemos como resultado un individuo de raza pura u ‘homocigoto’ (genotipo AA)... si los genes son diferentes, obtenemos un individuo híbrido o ‘heterocigoto’ (genotipo AB). El genotipo es la constitución real en ese carácter y el fenotipo es la constitución aparente del mismo... si la constitución aparente se confunde con la constitución real, se dice que un carácter ejerce dominancia... es ‘carácter dominante hereditario’; por ej.: Si el genotipo es AB y A es dominante, su fenotipo será AA y B será recesivo; si ambos caracteres A y B son dominantes, tanto el genotipo como el fenotipo serán AB.

... los caracteres hereditarios dependientes de una sola pareja responden a las leyes de Mendel y se transmiten de acuerdo a otras leyes hereditarias denominadas de los Grandes Números; por ej.: Si padres AB x AB, sus gametos derivados serán A/B x A/B, y las descendencia será igual a: AA + 2AB + BB. En consecuencia, posibilidades con una pareja de genes son cuatro, según estas leyes; así tenemos:

	AA x AA	AA x BB	AA x AB	AB x AB	
Padres					
Gametos:	A x A		A x B	A x B o A	A o B x
A o B					
Descendencia:	4 A		4 B	2AAx 2AB	AA + 2AB +
BB'					

Se denominan ‘alelomorfos’ los genes que se transmiten dos aspectos diferentes de un solo carácter y se intercambian en el genotipo; ‘polialía’ es la transmisión de caracteres hereditarios por series de estos genes alelomorfos; se dice que son tipos múltiples. Se denomina ‘polimería’ la transmisión de

<sup>61</sup> VERRUNO, Luis y HAAS, J.C., Emilio. “Manual para la investigación de la filiación”. Actualización Médico- Legal Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1985. Pág. 14.

caracteres hereditarios por series distintas de alelomorfos en acción combinada de valores genes..."<sup>62</sup>

Entonces, las características pueden resumirse:

- Cuando son partículas idénticas nos da una raza pura u homocigoto
- Cuando son diferentes nos da una raza híbrida o heterogoto.
- Cuando se transmiten dos aspectos diferentes se intercambian en el genotipo a los que les llama alelomorfos.
- Cuando son series de alelomorfos se llaman polialía.
- Cuando son series distintas de alelomorfos se le llama polimería.

A estas características se puede agregar otra, que es de gran importancia, pues como veremos existen varios sistemas respecto a los grupos sanguíneos, en las líneas anteriores se transcribió el sistema ABO.

"En la superficie de cada glóbulo rojo se ubican glicoproteínas que son antigénicas, es decir, que introducidas en un individuo que no las posee desencadenan reacciones inmunológicas de rechazo y la formación de anticuerpos y células citotóxicas. Todas las sustancias que tienen esta propiedad se denominan antígenos: los sanguíneos A, B, Rh son antígenos al igual que las HLA de las células nucleadas (los glóbulos rojos no tienen núcleo)"<sup>63</sup>

Es importante la reacción que tenga la sangre, esto se debe a que el proceso de la prueba inmunológica consiste: en que se toma la sangre del hijo y se le vierten distintas sustancias, y con la reacción se identificará cuál es la sangre de él; si sucede lo mismo con la del padre, puede decirse que puede ser el probable responsable de la paternidad del hijo, más no que es el padre, pues esta prueba es un sistema de exclusión, es decir, los que no reaccionen de forma semejante; puede decirse que no son los probables padres. Sin embargo la genética ha evolucionado mucho, y ahora se han descubierto más elementos que pueden llevar a la confusión, por eso es importante conocer los distintos resultados que pueden producirse, cuando dos grupos sanguíneos se mezclan. Por esto, ahora veremos como quedan los sistemas, para esto debemos señalar los grupos que transcribiremos:

ABO  
Rh Hr  
Kell

<sup>62</sup> ROMO PIZARRO, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 175.

<sup>63</sup> VERRUNO, Luis y HAAS J.C. Emilio. Op. Cit. Pág. 17.

Kidd  
 Duffy  
 MNSs

El sistema ABO fue la primera división inmunológica que Landsteiner descubrió en 1901; este sistema, como mencionamos, ya lo estudiamos, por ello ya no lo transcribiremos.

SISTEMA Rh

Se llama así este sistema, porque se descubrió experimentando con sangre de monos Rhesus, y se obtuvo un anticuerpo.

“El sistema Rh está formado por el producto de seis genes: D, d, C, c, E, e... corresponde a tres parejas de alelos (mayúsculas y minúsculas). Cada uno de los integrantes de la pareja de alelos viaja vehiculizando en un cromosoma y se heredan en bloque, así el genotipo de un individuo puede ser: CDE/cde constituyen ‘CDE’ los genes heredados en bloque de origen paterno y el ‘cde’ la herencia materna...”<sup>64</sup>

Pueden resultar más combinaciones, pero son importantes estas bases. Ahora, observaremos los genotipos que pueden darse cuando se trate de Rh positivo (que son los que lo representan) y Rh negativo.

GENOTIPOS DEL SISTEMA Rh – Hr <sup>65</sup>

Nomenclatura de Wiener Fisher- Race	Nomenclatura de
Rh Negativos	Rh
Negativos	
rh	cde/cde
rh' rh	Cde/cde
rh' rh	Cde/Cde
rh' wrh	Cwde/cde
rh' wrh'w	Cwde/Cwde
rh' 'rh	cdE/cde
rh" rh"	cdE/cdE
rh' rh"	Cde/cdE
rhyrh	CdE/cde

<sup>64</sup> VERRUNO, Luis y HASS J.C., Emilio. Op. Cit. Pág. 21.

<sup>65</sup> Toda la información fue extraída de: VERRUNO, Luis y HAAS J.C., Emilio. Op. Cit. Pág. 22 y 23.

rhyrh'  
 rhyrh''  
 rhyrhy  
 rh' wrh''  
 rhywrh'

CdE/Cde  
 CdE/cdE  
 CdE/CdE  
 Cwde/cdE  
 Cwde/CdE

Nomenclatura de Wiener  
 Fisher- Race  
 Rh positivos  
 positivos

Nomenclatura de  
 Rh

Rho

cDe/cde  
 CDe/cDe

Rh1rh

Cde/cde  
 Cde/cDe  
 CDe/Cde

Rh1Rh1

CDe/CDe  
 CDe/Cde

Rh1wrh

CwDe/cde  
 CwDe/cDe  
 CDe/Cwde

Rh1wRh1

CwDe/cde  
 Cwde/CDe  
 CDe/CwDe  
 CwDe/CwDe  
 CwDe/Cwde

Rh2rh

cDE/cde  
 cDe/cdE  
 cDE/cDe

Rh2Rh2

cDE/cDE  
 cDE/cdE

Rh1Rh2

CDe/cDE  
 CDe/cdE  
 cDE/Cde  
 cDE/Cde  
 CDE/cde  
 CDE/cDe

RhzRh1

CDE/CDe  
 CDE/Cde  
 CDe/CdE

RhzRh2

CDe/cDE

Rhw1Rh2

RhzwRh1

cDE/cdE  
CwDe/cDE  
CwDe/cdE  
CDE/Cwde  
CwDe/CDE  
CwDe/CdE  
CDE/Cwde

Como puede apreciarse, son muchas las combinaciones que pueden efectuarse, por eso resulta tan completo el estudiar la combinación que puede generarse de dos tipos de sangre.

### SISTEMA MNSs <sup>66</sup>

En 1927 se descubren los aglutinógenos MN; se agrupan glóbulos, mismos que contienen antígenos MN; en 1951 se encuentra el sistema Ss que es complementario del primero, se transmiten por parejas de genes: MS, Ms, NS, Ns. Lo relevante de éste sistema es la manifestación que se da en el hijo y en el padre, asegurado la paternidad.

#### FENOTIPOS

#### GENOTIPOS

MS	MS/MS
MSs	MS/Ms
Ms	Ms/Ms
MNS	MS/NS
MNSs	MS/Ns
	Ms/NS
MNs	Ms/Ns
Ns	NS/NS
NSs	NS/Ns
Ns	Ns/Ns

### SISTEMA KELL <sup>67</sup>

Este nombre se le da gracias a un paciente llamado Kell, las combinaciones quedan de la siguiente manera:

<sup>66</sup> VERRUNO, Luis y HAAS J.C., Emilio. Op. Cit. Pág. 24.

<sup>67</sup> VERRUNO, Luis y HAAS J. C., Emilio. Op. Cit. Pág. 24.

### FENOTIPOS

K + k -  
 K + k +  
 K - k +  
 K - k -

### GENOTIPOS

K/K  
 K/k  
 k/k  
 Ko

### SISTEMA KIDD <sup>68</sup>

Es otro sistema originado como el anterior, por un paciente llamado Kidd, y dio lugar a los siguiente:

### FENOTIPOS

Jk (a + b -)  
 Jk (a + b +)  
 Jk (a - b +)  
 Jk (a - b -)  
 extremadamente raro)

### GENOTIPOS

Jka/ Jka  
 Jka/Jkb  
 Jkb/Jkb  
 Jk/Jk ( es

### SISTEMA DUFFY <sup>69</sup>

Este se descubre en 1960, en un paciente hemofílico; son dos alelos de este sistema: Fya Fyb, y es exclusivo de la raza negra.

### FENOTIPOS

Fy (a + b -)  
 Fy (a + b +)  
 Fy (a - b +)  
 Fy (a - b -)

### GENOTIPOS

Fya/Fya  
 Fya/Fyb  
 Fyb/Fyb  
 Fy/Fy

<sup>68</sup> VERRUNO, Luis y HASS J. C. Emilio. OP. Cit. Pág. 25.

<sup>69</sup> IBIDEM.

## SISTEMA DE LOS ANTÍGENOS HLA

Esta prueba es muy importante, porque como lo señalan los autores Verruno y Haas, es una prueba pericial que posee gran peso; pues su valor para efectuar la exclusión de la paternidad es de un 90%, aproximadamente, y su porcentaje de inclusión es de 100%.<sup>70</sup>

En una tesis antes citada cuyo título es: "LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL QUE SE OSTENTA COMO PROGENITOR DEL HIJO NACIDO DE MUJER CASADA, Y CONTRADICE LA PATERNIDAD DEL EX CONYUGE DE ESTA". En esta tesis al hacer la valoración, el Noveno Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, determina que: "la prueba inmunológica de determinación de antígenos de Histocompatibilidad, de alta certeza en el diagnóstico de la herencia genética...". Como puede apreciarse, el propio órgano judicial le da el valor de 'alta certeza', lo que hace que notemos la importancia de esta prueba, pues como ya pudo constatarse los porcentajes de exclusión o inclusión son muy altos.

Toda la información genética del sistema HLA, se localiza en el sexto par cromosómico; sin embargo, este sistema no sólo sirve para demostrar la paternidad, sino para más cosas. "La multitud de alelos que presenta permite identificar a los individuos de la especie, ya sea para trasplante de órganos, exclusión o inclusión de paternidad, estudios antropológicos, detección de gemelos univitelinos, así como para estudiar la asociación con enfermedades que acompañan estructuras HLA específicas o detectar la herencia en familias con alta penetración de una determinada enfermedad".<sup>71</sup>

Las características del sistema HLA son las siguientes:

- a. no se encuentran en los glóbulos rojos
- b. se heredan en forma conocida
- c. son codominantes por lo que siempre se expresan en el fenotipo.
- d. Es un sistema multialélico ya que tiene más de 100 alelos reconocibles
- e. Es un sistema poligénico por ser codificado en varios genes.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> VERRUNO, Luis y HAAS J.C., Emilio. Op. Cit. Pág. 26.

<sup>71</sup> IBIDEM.

<sup>72</sup> IBID. Pág. 27.

Los antígenos del sistema HLA, aceptados en el Workshop Internacional de Histocompatibilidad de 1984, eran los siguientes.<sup>73</sup>

A	B	C	D	DR
A1	B5	Cw1	Dw1	DR1
A2	B7	Cw2	Dw2	DR2
A3	B8	Cw3	Dw3	DR3
A9	B9	Cw4	Dw4	DR4
A10	B12	Cw5	Dw5	DR5
A11	B13	Cw6	Dw6	DRw6
Aw19	B14	Cw7	Dw7	DR7
A23(9)		B15	Cw8	Dw8
DRw8				
A24(9)		B16		Dw9
DRw9				
A25(10)	B17		Dw10	DRW10
A26(10)	B18		Dw11(w7)	DRw11(5)
A28	B21		Dw12	DRw12(5)
A29(w19)	Bw22		Dw13	
DRw13(w6)				
A30(w19)	B27		Dw14	
DRw14(w6)				
A31(w19)	B35		Dw15	
A32(w19)	B37		Dw16	DRw52
Aw33(w19)	B38(16)		Dw17(w7)	DRw53
Aw34(10)	B39(16)		Dw18(w6)	
Aw36	B40		Dw19(w6)	
Aw43	Bw41			
Aw66(10)	Bw42			
Aw68(28)	B44(12)			
Aw69(28)	B45(12)			
	Bw46			
	Bw47			
	Bw48			
	B49(21)			
	Bw50(21)			
	B51(5)			
	Bw52(5)			
	Bw53			
	Bw54(w22)			

<sup>73</sup> VERRUNO, Luis y HAAS, J.C., Emilio. Op. Cit. Pág. 29.

Bw55(w22)  
Bw56(w22)  
Bw57(17)  
Bw58(17)  
Bw59  
Bw60(40)  
Bw61(40)  
Bw62(15)  
Bw63(15)  
Bw64(14)  
Bw65(14)  
Bw67  
Bw70  
Bw71(w70)  
Bw72(w70)  
Bw73  
Bw4  
Bw6

DQ

DQw1  
DQw2  
DQw3

DP

DPw1  
DPw2  
DPw3  
DPw4  
DPw5  
DPw6

Por último respecto a la maternidad, es menester aclarar, toda vez que en el apartado donde analizamos la maternidad de la esposa y de quien no lo es, remitimos a este apartado (de la investigación de la paternidad), los diversos sistemas aquí presentados, se pueden aplicar a la madre; pues como hemos visto tanto la sangre de la madre como la del padre, son necesarias para ver la del hijo, que será el resultado de la combinación de ambos. Sin embargo dentro de los avances biogenéticos, se ha descubierto que puede resultar más fácil la investigación de la maternidad que de la paternidad, pues las mitocondrias forman parte esencial en la herencia materna; ya que: "En animales se ha encontrado dos patrones generales de herencia mitocondrial... las mitocondrias se heredan generalmente por vía materna, es decir, el gameto masculino no proporciona normalmente mitocondrias al cigoto. Aunque escasas, existen sin embargo algunas

excepciones a este proceso. Por ejemplo... en el ratón que alrededor de una mitocondria de cada mil es de origen paterno... el mejillón, parece que la herencia mitocondrial es biparental...

El segundo patrón de herencia mitocondrial es la homoplasma, que es la existencia de una población multiforme de mitocondrias dentro del organismo... en general todas las mitocondrias dentro de un individuo son genéticamente idénticas...<sup>74</sup>

Entonces, como puede apreciarse las mitocondrias se heredan por vía materna, según el primer patrón establecido; pero además puede comprobarse una maternidad, gracias al principio de homoplasma, es decir, porque las mitocondrias del hijo son idénticas a las de la madre. Entonces, con este procedimiento se puede ahorrar el tratar de ver todos los tipos de combinaciones que pueden generarse de los antígenos de los padres, puede ser más directa la prueba, pues el hijo tendrá las mitocondrias idénticas a las de la madre; cabe señalar que aún con estos avances en genética, no podrán ser puntos de partida en una controversia respecto de los hijos que nacen de las formas no naturales de reproducción; pues conjuntados los mecanismos de investigación de paternidad y maternidad, y las disposiciones de nuestro Código Civil vigente de 1928, pueden suscitarse una serie de confusiones que iremos estudiando en el presente trabajo.

## **ii) PERSONAS LEGITIMADAS Y TIEMPO EN QUE SE DEBE PROCEDER A LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.**

El Código Civil no señala, quiénes pueden accionar la investigación de la paternidad, a diferencia de la maternidad, donde el artículo 385 especifica que pueden hacerlo el hijo y sus descendientes. Y aún con la reforma del Código Civil, publicada el 25 de mayo del 2000, no se modifica esta situación.

Bajo tal omisión, nosotros consideramos que las personas legitimadas para solicitar la investigación de la paternidad son, por analogía, el hijo y sus descendientes; bajo el principio del derecho general: "lo que no está prohibido, está permitido", para ponerlos en estado de igualdad con otras situaciones, porque como señala el artículo 347 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, es imprescriptible "la acción que compete al hijo para

---

<sup>74</sup> TAMARIN H., Robert. "Principios de genética". Ed. Reveñe. México. 1996. Pág. 505.

reclamar su filiación... para él y sus descendientes"; pensamos, por esta razón, que las personas legitimadas para pedir la investigación de la paternidad son, el pretendido hijo y sus descendientes.

Por lo que se refiere al tiempo, el Código Civil Vigente aclara que: "Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo puede intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad" (art. 388 del C.C.V.D.F.). Es el mismo artículo que se aplica a la maternidad, y el cual ya hemos estudiado.

### 3. HIJOS LEGÍTIMADOS

Este tema aparecía en el Capítulo III, y afortunadamente desapareció; pero lo que más nos llamaba la atención era el nombre que tenía de "legitimación", pues el que hubieran hijos legítimados nos llevaba a pensar que había hijos ilegítimos. En los Códigos pasados los había, hablando jurídicamente, un hijo ilegítimo era uno "espurio o natural", no quiere decir que eran artificiales; sino que un hijo natural, era aquél cuyos no padres tenían impedimentos para casarse, pero no habían contraído matrimonio y los espurios o 'no naturales', eran aquéllos cuyos padres no habían contraído matrimonio y no lo hubieran podido hacer porque tenían algún impedimento, como estar casados con otra persona distinta al padre o madre de ese hijo (Código de 1884). A pesar de las reformas que se han hecho, tratando de evitar calificativos desagradables para los hijos, este apartado conservaba el nombre de "legitimación".

El Código de 1884 manejaba a los hijos ilegítimos, estos jamás podían ser legítimados, pues existían impedimentos para contraer matrimonio; hay que recordar que los hijos nacidos dentro de matrimonio recibían el calificativo de legítimos.

El maestro Rojina Villegas define a la legitimación: "como aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad".<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 387.

## 4. ADOPCIÓN

Con las reformas efectuadas al Código Civil en 1998, se introducen dos formas de adopción. Nuestro Código Civil preveía la adopción simple, como única y aceptable; pero se introdujeron la adopción plena y la internacional. Sin embargo, con las reformas del 25 de mayo del 2000, se deroga la parte relativa a la Adopción Simple y se modifica el nombre de la Adopción Plena, quedando como título "Los efectos de la adopción".

La Adopción ya aparecía desde la ley de relaciones familiares de 1917, pero era únicamente una adopción simple pues el artículo 231 decía:

"Los derechos y obligaciones que confiere e impone la adopción se limitará única y exclusivamente a la persona que la hace, a menos que, al hacer la adopción, el adoptante exprese que el adoptado es hijo suyo, pues entonces se considerará como natural reconocido".

Ahora estudiaremos los tres tipos de adopción que preveía el Código, y cómo quedó con la reforma.

### A. ADOPCIÓN SIMPLE

Antes de empezar a hacer el estudio de esta forma de adopción, debemos indicar que quedó derogada la Sección Segunda del Capítulo V, del Título Séptimo del Libro Primero, relativa a la Adopción Simple, del artículo 402 al 410 del Código Civil; publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del 2000. Debemos estudiarla, porque aunque en este momento ya no se prevé en la ley, aún en nuestros días la hay, pues varias adopciones efectuadas antes de la fecha establecida, aún se registrarán bajo los principios que establecía la ley.

#### - DEFINICIÓN

La adopción simple: Es la relación jurídica por la cual se crean derechos y obligaciones propias del parentesco, y sólo están obligados a cumplir el adoptante y el adoptado, salvo por lo que se refiere a los impedimentos del matrimonio, pues el impedimento se extiende a los descendientes del adoptado, y esta adopción puede ser revocada.

En este caso, observamos que la característica de la adopción, era que los derechos y obligaciones que se creaban, sólo debía cumplirlas el

adoptante y el adoptado (art. 402 del C.C.V.D.F.); era un acto que obliga, únicamente a los que participan en él, además podía revocarse.

#### - QUIÉN PUEDE ADOPTAR

Este punto se aplicaba a la adopción simple y a la plena, pues era parte de las disposiciones generales. Hoy en día muchas se modificaron, pero quedan como "Disposiciones generales".

Tanto hombres como mujeres podían adoptar, fueran casados o solteros, pero había ciertas diferencias.

Los que no podían adoptar, dependiendo de la persona que se pretendía adoptar, eran los tutores; el art. 393 del C.C.V.D.F. indica, hasta la fecha, que:

"El tutor no puede adoptar al pupilo sino hasta después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de la tutela."

#### - CONDICIONES DE LA ADOPCIÓN

Las personas solteras debían cumplir los siguientes requisitos:

- Ser mayor de veinticinco años (Art. 390 primer párrafo)
- Libre de matrimonio (Art. 390 primer párrafo)
- En pleno ejercicio de sus derechos (Art. 390 primer párrafo)
- Tener diecisiete años más que el adoptado (Art. 390 primer párrafo)
- Contar con medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trata de adoptar. (Art. 390 fracción I)
- Demostrar que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptar, siempre atendiendo al interés superior del adoptado, y (Art. 390 fracción II)
- Que es la persona apta y adecuada para adoptar (art. 390 fracción III)

Las personas casadas, y ahora con la reforma se incluyen a los concubinarios; aunque la reforma les llama de manera incorrecta, "concubinos"; ambos deben acreditar lo transcrito en los tres últimos puntos. Pero además, el marido y la mujer o la concubina y el concubinario, pueden adoptar, cuando ambos estén conformes en considerar al adoptado como hijo; aquí se genera la excepción respecto a la edad, ya se mencionó que

debe ser mayor de veinticinco años; sin embargo basta con que alguno de los cónyuges tenga la edad requerida y que la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado, sea de diecisiete años cuando menos (art. 391 DEL C.C.V.D.F.).

#### - QUIÉN PUEDE SER ADOPTADO

El artículo 390 del Código Civil indica que pueden ser adoptados:

- Uno o más menores
- Un incapacitado, aún cuando sea mayor de edad, con la única condicionante de que el adoptante sea mayor que el adoptado por diecisiete años

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto cuando se trate de un matrimonio.

#### - DEL CONSENTIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN

Antes de la reforma:

“Art. 397:

Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar.
- II. El tutor del que se va a adoptar
- III. La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor, y
- IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo.
- V. Las instituciones de asistencia social públicas o privadas que hubieran acogido al menor o al incapacitado que se pretenda adoptar.

Si la persona que se va a adoptar tiene más de doce años, también se necesita su consentimiento para la adopción. En el caso de las personas incapaces, será necesario su consentimiento, siempre y cuando fuese posible la expresión indubitable de su voluntad.”

A partir de la reforma, el artículo 397 del C.C.V.D.F. quedó de la siguiente manera:

“Art. 397. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos:

- I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar;
- II. El tutor del que se va adoptar;
- III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor; y
- IV. El menor si tiene más de doce años.
- V. Derogado.

En todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores atendiendo a su edad y grado de madurez.

La persona que haya acogido al menor dentro de los seis meses anteriores a la solicitud de su adopción y lo trate como un hijo, podrá oponerse a la adopción, debiendo exponer los motivos en que se funde su oposición.”

Se busca la protección del hijo adoptado, por eso se prevé a todas estas personas para otorgar su consentimiento, buscando proteger los intereses del hijo.

Con la reforma se introduce el artículo 397- Bis, pero resulta un tanto confusa la redacción, porque si observamos el artículo, indica que si los que ejercen la patria potestad, están sujetos también a la misma; entonces deberán consentir la adopción sus progenitores. Son varios puntos a observar. La persona que ejerce la patria potestad es alguien que no es emancipado, porque de lo contrario no podría ejercer la patria potestad, la cual es el primer requisito, tampoco puede ser una persona incapaz declarada judicialmente, porque entonces la patria potestad se suspendería (art. 447 fracción I del C.C.V.D.F.), así que no estaría ejerciendo la patria potestad; pero el problema se suscita cuando el artículo 397-Bis del C.C.V.D.F. establece, que en ese supuesto, el consentimiento lo deberán dar “sus progenitores”, la pregunta es, ¿los progenitores de quién, del sujeto a patria potestad o del que pretenden adoptar?. Nosotros pensamos que se refiere al consentimiento de los padres de la persona que también está sujeta a patria potestad; precisamente por lo que se establece en el artículo 414 del C.C.V.D.F., donde se determina que en cualquier circunstancia en que la patria potestad no sea ejercida por los padres, entonces, lo harán los

ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el Juez de lo Familiar.

En caso de que el tutor o el Ministerio Público no consientan la adopción, deberán expresar la causa en que se funden, sin embargo esta negativa no es definitiva porque el juez la calificará y deberá tomar en cuenta los intereses del menor o incapacitado (art. 398 del C.C.V.D.F.).

#### - EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

- Esta adopción simple sólo creaba derechos y obligaciones entre los adoptantes y el adoptado tal como lo disponía el artículo 402 del Código Civil (hoy derogado), excepto, por lo que se refería a los impedimentos de matrimonio.
- El adoptado, por virtud de la adopción, no rompía los lazos de parentesco con los padres biológicos. Así, lo manifestaba el artículo 403 que a la letra decía:

"Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción simple, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que, en su caso, esté casado con alguno de los progenitores del adoptado porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges."

Como hemos leído, el parentesco biológico no desaparecía por efectuar la adopción simple, la única que se veía quebrantada era la Patria Potestad, misma que se transfería al o a los adoptantes.

De lo anterior encontrábamos otros efectos:

- La transmisión de la Patria Potestad, de los padres biológicos a los adoptantes. Sin embargo, el artículo 403 ponía de manifiesto que había un caso en el que no perdía la Patria Potestad, el padre o la madre; esto era cuando el adoptante se casaba con el padre o la madre biológica, entonces se ejercía por la madre o el padre biológico y el adoptante.
- Modificación de nombre del adoptado. El artículo 86 al respecto establecía que:

“El acta de adopción simple contendrá los nombres, apellidos y domicilio del adoptante y del adoptado; el nombre y demás generales de las personas cuyo consentimiento hubiera sido necesario para la adopción, y los nombres, apellidos y domicilio de las personas que intervengan como testigos. En el acta se insertarán los datos esenciales de la resolución judicial...”

Eran varios datos los que solicitaba el Código Civil, determinaba que aparecieran en el acta de nacimiento; muchos eran parecidos a los de las actas de nacimiento de cualquier hijo; pero la diferencia era que se asentaba el nombre de quienes consentían la adopción, además se insertaban los “datos esenciales de la resolución judicial”.

Ahora el artículo 86 cambia, precisamente porque desaparece la adopción simple, entonces quedó de la siguiente forma:

“En los casos de adopción, se levantará un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”.

- Antes de la reforma, se establecían impedimentos para contraer matrimonio entre el adoptado y sus descendientes y el adoptante; así lo determinaba el artículo 157 que solamente se refería a la adopción simple.

Pero ahora con la reforma se generaliza el impedimento, así que no puede contraer matrimonio el adoptante con el adoptado y sus descendientes, artículo 157 del código civil.

- Con la adopción simple nacía la obligación recíproca de dar alimentos, entre el adoptante y el adoptado; hoy subsiste el artículo, y se aplica al único tipo de la adopción que existe y que es la plena, sólo que no se le denomina así. Artículo 307 del C.C.V.D.F.:

“El adoptante y el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tiene el padre y los hijos.”

- Por último, otro de los efectos que se genera, es el derecho a una porción hereditaria, esto resulta muy interesante. Con la reforma no lo modificaron y hablaba de la adopción en forma simple, y aunque esta desaparece, el artículo queda igual. Aparece en el artículo 1620 del C.C.V.D.F. y a letra dice:

“ Concurriendo los adoptantes con ascendientes del adoptado en forma simple, la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes.”

Observando el artículo, notamos que tanto los adoptantes como los padres biológicos, en una adopción simple, heredaban por partes iguales, precisamente porque no se rompía con los lazos que se generaban por la paternidad o maternidad biológica; lo que más impactaba de este artículo, era lo señalado por el maestro José Barroso Figueroa, (sobre este tema en sus clases de Derecho Familiar); que los padres biológicos gozaban del derecho de heredar de una persona quien quedó a cargo de otros padres, los adoptantes; quienes hicieron de ese niño una persona productiva, tan era así, que ahora tenía bienes, los cuales había dejado para que fueran heredados, y aún cuando sus padres biológicos no participaban en hacerlo exitoso, y cuya única función en la vida de ese ser fue traerlo al mundo, se veían, beneficiados por el logro del hijo y de los padres adoptivos.

Se mencionó que se heredaba una porción hereditaria; el artículo 1612, el cual tampoco fue modificado aunque hace alusión a la “adopción simple” apunta: “El adoptado puede heredar como hijo...”. Deja claro que en el caso de la adopción simple, no existe derecho de sucesión entre el adoptante y los parientes del adoptado, precisamente porque el único lazo que se formaba de parentesco, era entre el adoptante y el adoptado.

Otro artículo que tampoco fue modificado y que hacía referencia a la adopción simple, era el artículo 1613, el cual determina que en caso de que concurren padres, adoptantes y descendientes del adoptado, en el caso de la adopción simple, los adoptantes sólo tienen derecho a alimentos.

#### - CONVERSION DE LA ADOPCIÓN SIMPLE A PLENA

Antes del 25 de mayo del 2000 había esta posibilidad, pues como hemos mencionado existían estos dos tipos de adopción; pero antes de 1998 sólo existía la adopción simple y en el año de 1998 se introdujo, a nuestro derecho mexicano, la forma de adopción plena, que analizaremos en el siguiente inciso. Pero para que la Adopción Simple se convirtiera en Adopción Plena, debía obtenerse el consentimiento del adoptado, si este ya cumplió doce años; sin embargo, si era menor de la edad señalada, era necesario el consentimiento de quien lo daba para la adopción, cuando resultaba posible; pero si no lo era, entonces el juez debía resolver, siempre dando prioridad a lo que más le conviniera al menor (art. 404, hoy derogado).

## - REVOCACIÓN DE LA ADOPCIÓN

Esta era una de las diferencias fundamentales con la adopción plena, porque ésta no podía revocarse. La que quedó después del 25 de mayo del 2000 tampoco puede revocarse, por eso decimos que es parecida a la plena.

El artículo 405 establecía los casos en que puede efectuarse la revocación:

“La adopción simple puede revocarse:

- I. Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oíría a las personas que presentaron su consentimiento conforme al artículo 397, cuando fueren de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas, y
- II. Por ingratitud del adoptado
- III. Cuando el Consejo de Adopciones del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia justifique que existe causa grave que ponga en peligro al menor.”

Se puede notar que la revocación venía por acuerdo mutuo del adoptante y del adoptado; o por mal comportamiento del adoptado en contra del adoptante; o cuando el Consejo de Adopciones del DIF considerara que había algún peligro para el menor.

La fracción II hablaba de ingratitud, lo que hemos llamado mal comportamiento, la pregunta era ¿qué debíamos entender por ingratitud?. La respuesta estaba en el artículo 406, hoy derogado, que a la letra decía:

“Art. 406. Para los efectos de la fracción II del artículo anterior, se considera ingrato al adoptado:

- I. Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes;
- II. Si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante, por algún delito aunque pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes;
- III. Si el adoptado se rehusa dar alimento el adoptante que ha caído en pobreza.”

Quedan claros los casos en los cuales se consideraba había ingratitud; en la fracción I, sólo la habría cuando existiera delito intencional que atentara contra la persona, la honra, o los bienes del adoptante, la esposa o esposo, los ascendientes o descendientes del adoptante; es relevante que se trata de delito intencional, porque siendo delito culposo, entonces no podría tomarse como ingratitud. La segunda fracción se refiere a denuncia o querrela que ponga al adoptado en contra del adoptante; pero no se consideraba ingratitud cuando la denuncia o querrela fuera por delito cometido en contra del adoptado, su cónyuge, ascendientes o descendientes. Y la tercera fracción era muy importante, porque como mencionamos se generaba la obligación de dar alimentos, pero la propia ley señalaba que eran recíprocos, y tan importante resultaba que podía ser causa para solicitar la revocación de la adopción.

La revocación de la adopción se hacía de mutuo acuerdo, el Juez decretaba que la adopción quedaba revocada, cuando lo considerara conveniente, atendiendo los intereses morales y económicos del adoptado (art. 407, hoy derogado).

El efecto de la revocación consistía, en que terminaba la adopción quedando sin efectos ésta, volviendo todo al estado en que se encontraba antes de que se hiciera la adopción, a partir del decreto del Juez (art. 408, derogado). Sin embargo, el momento en que producía efectos la revocación podía ser distinto, pues como se mencionó era a partir de que el Juez la decretaba, pero tratándose de la ingratitud dejaba de producir efectos la adopción, produciéndolos la revocación, a partir de que se cometiera el acto de ingratitud, aún cuando la declaración que decretara el Juez fuera posterior (art. 409, derogado).

Una vez que se dictara la resolución de la revocación el Juez tendría que comunicarla al Juez del Registro Civil, con la finalidad de cancelar el acta de adopción (art. 410, derogado).

## **B. ADOPCIÓN PLENA Y LA ADOPCIÓN ACTUAL**

.Como hemos comentado, desaparecen los calificativos de adopción plena; la simple se extingue, pero las reglas generales que manejamos en la simple eran también para la plena, y hoy es para la adopción en general. En este apartado veremos lo que decía el Código Civil antes de la reforma y lo que dice ahora.

Definición: Es aquélla que equipara al adoptado con el hijo consanguíneo para todos los efectos legales, creándose derechos y obligaciones no sólo con los adoptantes sino también con la familia de éstos, siendo irrevocable.

Por eso era Adopción Plena, porque el adoptado entraba plenamente a la familia, sin que pudiera extinguirse este lazo una vez constituido (tal como quedó ahora), sólo que no se habla de adopción; plena sino de adopción, por eso no existía y no existe la posibilidad de revocación de la adopción. Fue precisamente ésta, una de las razones por las cuales las reformas al Código Civil en 1998 provocó un poco de polémica entre los juristas. Por un lado se encontraban los que estaban a favor de la adopción y por el otro los que estaban en contra.

No nos vamos a extender mucho, porque en si este tema pudiese ser motivo de otra tesis, por ello lo abordaremos de manera breve.

Los que estaban a favor de este tipo de adopción, han considerado que la "Simple" (adopción simple) no resultaba justa, porque únicamente unía al adoptante con el adoptado; pero éste último jamás se vinculaba con la familia del adoptante, aunque surgía un parentesco entre el adoptado y el adoptante y las obvias consecuencias jurídicas de ese lazo; no se daba la misma relación con la familia, por ende no podía considerarse completa la ligadura; y por lo tanto, cuando moría alguno de los dos se podían heredar, pero muriendo el adoptante, la familia del adoptante no estaba obligada a cuidar o a dar alimentos al adoptado, quedando solo, a su suerte, es decir, si tenía padres biológicos podía regresar con ellos, porque el parentesco biológico no se extinguía con la adopción simple, lo único que cambiaba era el ejercicio de la patria potestad, que se veía restituida con la muerte del adoptante. Pero el problema surgía cuando no hubieran padres biológicos, y era una institución como casa hogar para varones o de niñas de donde salía el hijo; y como los parientes del adoptante no estaban ligados con el adoptado, entonces no se encontraban obligados a cargar con el adoptado, de tal manera que si era menor de edad, regresaría a la institución de la que salió hasta que cumpliera la mayoría de edad, y si era mayor de edad, entonces quedaba su manutención en sus propias manos.

Esta discusión no era nueva, así lo manifiesta el autor Marcel Planiol: "... una lucha muy viva se inició en 1802, en el Consejo de Estado, al determinar los efectos de la adopción. Según el proyecto del año VIII, la adopción hacía entrar totalmente al hijo en su nueva familia, y rompía todo lazo con la antigua, salvo la obligación recíproca de proporcionarse alimentos en caso de necesidad (Fenet, t. X, P. 251). El primer cónsul estaba interesado en que se volviese a las reglas del antiguo Derecho romano, y en que no se

estableciese ninguna diferencia entre el hijo adoptivo y los verdaderos; la adopción, decía, debe 'imitar' a la naturaleza. 'Es una especie de nuevo sacramento...; el hijo de la carne y la sangre pasa, por la voluntad de la sociedad, a la carne y sangre de otro (Thirbaudeau, *Mémoires*, P. 420; Fenet, t. X, P. 228)'.<sup>76</sup>

Aunque como posteriormente lo dice Marcel Planiol, todo esto lo intenta Napoleón para crear su dinastía, ya que su matrimonio estaba estéril; por eso buscaba que la adopción fuera más fuerte para que no pudiera fracturarse una vez constituida. Por esa razón, pugnaba que el hijo entrara enteramente a la familia. Lo interesante del apunte del maestro Planiol, es que se rompía con la familia biológica, excepto por lo que se refería, a la obligación recíproca de dar alimentos<sup>77</sup>. Pero la esencia de la adopción plena, radicaba en que no había diferencias entre el hijo adoptivo y el biológico. Posiblemente, por eso con la reforma del 25 de mayo del 2000, se elimina la adopción simple, para que cualquier adopción que se efectúe produzca los efectos que generaba la adopción plena.

Por otro lado estaban los que se encontraban en contra de la adopción plena. Posiblemente la primera duda que surgía, era: ¿por qué estar en contra de un acto que resultaba sumamente noble? Si gracias a la adopción plena, se podía constituir una familia completa para un ser, que por infortunios de la vida había tenido que separarse de su familia biológica; o desde que nació jamás la conoció. Aquí se dan varias situaciones que debemos tomar en cuenta, para ver si era lo que le convenía al adoptado.

Para comenzar, debemos apuntar que la adopción es una institución jurídica, por virtud de la cual un individuo que no tiene un hogar o teniéndolo se le da una familia donde pueda ser alimentado, vestido; en pocas palabras, mantenido de manera cómoda. Sin embargo no debemos cerrarnos a la realidad, pues la adopción no siempre funciona, es decir, no siempre el adoptado logra adaptarse al adoptante, y viceversa. Surgen conflictos, entre ellos: el no lograr llevarse bien; esto es común en cualquier familia. Los hijos cuando entran a la adolescencia no logran acoplarse a los padres, comienzan las discusiones, la creencia de una falta de comprensión entre el padre y el hijo, el carácter rebelde del hijo, la búsqueda de la independencia de los hijos respecto de los padres, el encuentro del hijo con su sexualidad, cambios en su cuerpo, la búsqueda de la identidad personal, en pocas palabras es una etapa totalmente complicada; pero esta situación se ve agravada, además, porque hay padres que en esa etapa de la adolescencia

---

<sup>76</sup> PLANIOL, Marcel. *Op. Cit.* Pág. 232 y 233.

<sup>77</sup> *IBID*, Pág. 233.

de los hijos, se encuentran en la menopausia o el climaterio, siendo un cambio muy importante para ellos, donde dejan de ser los padres juguetones y consentidores, entonces chocan esas dos situaciones; o bien, otro de los problemas que crean choque, es que precisamente al ver los padres el cambio biológico y psicológico de sus hijos, el hecho de ver que sus niños se convierten en jóvenes, no les resulta grato porque ello implica envejecer y a muchos les cuesta aceptar la vejez, por lo que una gran parte de padres empiezan a comportarse como jóvenes, como si tuviesen la misma edad de sus hijos. Generalmente en la etapa de la adolescencia, donde se debe tener mucha paciencia para con los hijos, los padres dicen: "¡lo soporto porque es mi hijo, porque si no lo fuera...!", es entonces cuando en la mayoría de las veces, la etapa de la adolescencia se vuelve una etapa de prueba para los padres y los hijos, para la relación que existe entre ellos; sin embargo cuando se llega a esta etapa, siendo una prueba de resistencia, los padres adoptivos pueden recordar que el hijo es adoptado y no es fácil aguantarlo, resistir insultos, reproches. Y en el caso de la familia, posiblemente no estuvieron de acuerdo con la adopción y ahora con su comportamiento aún peor, podría fortalecer su deseo de que se rompa definitivamente con la adopción. Pero el problema surge con la adopción plena, porque una vez efectuada, no puede haber retroceso. Entonces bajo la lupa de la realidad debemos afrontar que no todas las adopciones son exitosas.

Otro argumento que tenían los que estaban en contra de la adopción plena, era que se trataba de un acto jurídico que celebraba una persona, pero que afectaba a otros sin que emitieran su consentimiento sobre el acto; es decir, generaban derechos y obligaciones para quienes no participaron en la celebración del acto, pongamos un ejemplo; suponiendo que la madre del adoptante no estaba de acuerdo en que se hiciera la adopción, y de todos modos el adoptante la celebraba y tomaba a un niño en adopción plena; pasan dos años y como la madre estuvo en contra desde un principio acabaron peleados y ya no se volvieron a ver; pero a los dos años de la adopción, el adoptante fallecía y le comunicaban a la madre de la muerte de su hijo (el adoptante); y la abuela (la madre del adoptante) tenía los recursos suficientes para mantener al ahora nieto (adoptado). La abuela tendría que cargar con el adoptado, tendría que mantenerlo, pero ella jamás dio su consentimiento de tal acto, y ahora tenía que sufrir las consecuencias de algo que no consintió. ¿Es esto justo?, ¿Era adecuado que una persona tuviera que cargar con una obligación que ella jamás consintió para que se creara?, ¿Por qué en los demás actos jurídicos siempre se solicita el consentimiento de la persona que puede verse afectada, y en este caso no era así?. Por ejemplo, cuando una persona se vuelve fiadora de otra, el que se constituye fiador debe dar su autorización para que se le considere como tal; o verbigracia, la deuda que deje el deudor se pagará sólo hasta donde

alcance la herencia, pero no afecta el patrimonio de quien no participó en la deuda, quien no consintió para darle existencia. Sin embargo, en la adopción plena surgía el problema de que el ascendiente o los parientes del adoptante fallecido, tenían que participar con su patrimonio para proveer de alimentos al adoptado; aún cuando los parientes no hubieran consentido el acto que ahora los obliga; es por esto una situación jurídica que rompía con las reglas fijadas. Sin embargo el legislador, el 25 de mayo del 2000, determinó que todas las adopciones que se efectuaran en el Distrito Federal debían tener las características y efectos de la adopción plena.

#### - QUIEN PUEDE ADOPTAR

Se aplican las reglas ya mencionadas en la adopción simple<sup>78</sup>, las que aparecen en los artículos 390 y 391 del Código Civil vigente

#### - QUIÉNES PUEDEN SER ADOPTADOS

También se aplica lo ya fijado en la adopción simple<sup>79</sup>, en los artículos 396, 397 y 397-Bis.

#### - CONDICIONES DE LA ADOPCIÓN

Este rubro es igual al de la adopción simple, de igual forma lo es el contenido<sup>80</sup>. Aparecen en los artículos 390, 391, 392, 393, 398, 399, 400 y 401.

#### - EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

En este apartado los efectos quedan casi iguales con la reforma, la variante es que ya no se habla de adopción plena, sino solamente se dice: "Adopción".

- Crea derechos y obligaciones entre el adoptado y el adoptante, el adoptado y los familiares del adoptante, así lo señala el artículo 410-A.
- El adoptado entra a la familia como hijo consanguíneo e incluso tiene los mismos derechos y obligaciones que los hijos biológicos; así como

---

<sup>78</sup> *Infra*, pág. 143.

<sup>79</sup> *Infra*, pág. 144.

<sup>80</sup> *Infra*, pág. 143 y 144.

el derecho a llevar los apellidos del adoptante o adoptantes (art. 410-A), alimentos, porción hereditaria, nombre, etc.

- Se rompen los lazos del adoptado con sus padres biológicos, y las familias de sus respectivos padre y madre biológicos; quedando una excepción, cuando el adoptante esté casado con alguno de los padres del adoptado, en este caso no se extingue la filiación, subsistiendo los derechos y obligaciones propios de los lazos consanguíneos (art. 410 A 2º párrafo).
- Con la adopción plena y “la adopción”, como la maneja el legislador en la reforma del 25 de mayo del 200, se transmiten todos los derechos y obligaciones propias de la paternidad.
- La adopción plena y la “adopción”, hoy en día, es irrevocable.
- Para que la adopción plena y “la adopción”, en nuestro Código Civil, puedan surtir efectos, además de la autorización de alguna de las personas señaladas en el artículo 397, se requiere del consentimiento del padre o la madre del menor; excepto, cuando exista declaración judicial de abandono (art. 410 B). Nótese que el artículo 410 B, habla sólo del consentimiento de uno de los padres, no de los dos, de tal manera que con el consentimiento de alguno, puede tener efectos jurídicos la adopción, esto se debe, a que antes ya se otorgó el consentimiento de los mencionados en el artículo 397.
- Se modifica el nombre del adoptado, ya que en este caso lo que se hace es levantar “... un acta como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos...” (art. 86). Esto se hace porque hay que recordar que las personas dadas en adopción, entran a la familia del adoptante como si fueran hijos biológicos; pero ¿qué ocurre con la antigua acta de nacimiento?. A esta acta, la “originaria” como le denomina la ley, se le hacen anotaciones (quedando reservada), esta acta no se publica, ni se expide constancia alguna que revele el origen del adoptado, ni su condición de tal, salvo que se tome medida dictada en juicio. Lo que se pretende, es que se rompa con cualquier lazo que ligue al hijo adoptivo con sus padres biológicos; pero las anotaciones son necesarias, porque en el momento que se requiera, se darán a conocer los antecedentes familiares del adoptado; pero ¿quién juzga, cuándo se entiende, que se requiere dar esa información?. Las bases las asienta el propio Código Civil, aparecen en el artículo 410-C,

donde se fijan los casos en los que se otorgarán los antecedentes de la familia de origen del adoptado:

- I. Para efectos de impedimentos para contraer matrimonio; y
- II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, ya que si es menor requiere del consentimiento de los adoptantes."

Es entendible el caso señalado en la fracción I, pues se pretende evitar un incesto; que además de ser un acto anti-natura, puede traer consecuencias terribles, como mal formaciones en los hijos. Aunque nos surge una pregunta, es razonable el hecho de establecer esa fracción, pero si no se saben los antecedentes del hijo adoptivo, no se sabe nada de su familia, (como generalmente ocurre), ¿cómo podría sospechar del parentesco con la persona que va a contraer nupcias; o será que siempre que se vaya a casar una persona que fue adoptada tendrá que investigar quiénes fueron sus padres biológicos, para evitar un incesto?. Posiblemente se piense que no es necesario, pues para evitar cosas así, se efectúa la prueba prenupcial, pero hay que recordar que por desgracia en nuestro país no es muy buena y tampoco es tan efectiva; sólo se revisa que las sangres no sean incompatibles; pero la pregunta es ¿se podría determinar si son hermanos por medio de la prueba prenupcial, cuando lo único que se busca con ella es determinar que no sean incompatibles?. Por ello pensamos que la prueba prenupcial debería ser más rígida y detallada, precisamente, para descartar este tipo de situaciones, evitar abrir los antecedentes del adoptado, ya que probablemente no sepa que es adoptado y sería amargarle su felicidad antes de que comience. Pero además sería útil para los hijos nacidos fuera de matrimonio, hay que recordar que muchos hijos no son reconocidos y no saben si se están casando con un familiar o no.

Por lo que se refiere a la fracción II, no se entiende muy bien la razón de existir de ésta; ya que si lo que se pretendía era romper totalmente con los padres biológicos, ¿para qué conocerlos?. Si de todos modos la adopción es irrevocable, y jurídicamente se rompe con los padres biológicos, ¿para qué dejarlos conocer los antecedentes familiares, para qué perturbar psicológicamente al hijo?. Por ejemplo, en la adolescencia casi todos los hijos buscan romper con la familia en la que se han educado; es una etapa que todo les molesta; muchos se avergüenzan de su familia o sienten que la odian. En ese momento es susceptible la persona, y eso puede durarle más allá de la mayoría de edad, y con el paso del tiempo van valorando el núcleo familiar en el que viven; por eso pensamos que sólo perturbarían al adoptado.

## - QUIENES NO PUEDEN ADOPTAR

Los que cumplan los requisitos de los artículos 390 y 391, pero además el artículo 410 D, antes de la reforma del 25 de mayo del 2000, determinaba que:

“No pueden adoptar mediante adopción plena, las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz”.

Resultaba curiosa esta disposición; ¿por qué establecía que los parientes consanguíneos no podían efectuar la adopción plena del menor o incapaz?. El pariente consanguíneo sólo podía efectuar adopción simple, posiblemente se debía a que uno de los efectos esenciales de la adopción plena, era que se introducía a la familia el adoptado como si fuera un hijo consanguíneo; quizá por ello el legislador consideró que esto ya no sería necesario, porque el adoptado ya era pariente consanguíneo de esa familia. Por otro lado, también pudo pensar el legislador, la situación o situaciones en que se daba la adopción entre familiares; posiblemente era porque a lo mejor los padres biológicos no podían mantener al hijo; pero los padres adoptivos, que son parientes consanguíneos, sí tenían los medios económicos para mantener al adoptado; no sería justo que los padres biológicos por falta de dinero perdieran a su hijo, sobre todo porque estaría presente en todo momento, junto a ellos. Sin embargo este caso no estaba muy bien planteado, porque en lugar de recurrir a la adopción, sería mejor pedir alimentos a quien pudiera darlos. Ahora con la reforma, como se elimina la institución de la “adopción simple”, podríamos pensar que sólo se puede efectuar una adopción que surta efectos de adopción plena; sin embargo no es así, pues la reforma crea una situación curiosa, los parientes pueden adoptar personas con las que tengan vínculo consanguíneo, pero los efectos son similares a lo que se llamaba adopción simple, entre el adoptado y el adoptante, artículo 410-D:

“Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma se limitará al adoptante y adoptado”.

## C. ADOPCIÓN INTERNACIONAL

En la reforma de 1998 se incorpora esta figura que no es nueva, pero que se reconoce jurídicamente. No es muy trascendental, porque antes de esta reforma ya se efectuaban las adopciones internacionales, y se

hacían a la luz de los tratados internacionales que México ha suscrito, de conformidad a lo establecido en el artículo 133 de la Constitución. No resulta muy trascendental esta reforma respecto a la figura que en este apartado comentamos, porque a final de cuentas el artículo 410-E, termina remitiendo a los tratados internacionales: "... Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano...". En 1998, al introducir esta reforma sólo se agregan dos artículos a este apartado, cuyo título es "De la adopción internacional". En los dos artículos se prevén aspectos de la adopción, nos determina qué debe entenderse por adopción internacional y quiénes pueden efectuarla; el objeto de la adopción internacional; y el caso en el que se permitirá; señala las leyes aplicables a la adopción, el carácter de las adopciones internacionales, y la preferencia a quién se dará.

#### - QUÉ DEBE ENTENDERSE POR ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y QUIÉNES PUEDEN EFECTUARLA

De acuerdo con el artículo 410-E, se establece que: "La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional..."; entonces observamos que esta adopción podrán realizarla quienes sean ciudadanos de un país distinto al nuestro. Aquí surge otro viene un problema, pues leyendo el Código, surge la duda sobre la ciudadanía, la calidad de ciudadanos deberá ser de acuerdo a las leyes de su país o a las nuestras; nosotros pensamos que deberá ser de acuerdo a las reglas de su país para adquirir el estatus de ciudadano, pues nuestro Código Civil marca que sea "ciudadano de otro país"; es decir, que tenga el carácter de ciudadano en su país. Otro rasgo importante que aparece, es que tenga su residencia habitual fuera del territorio mexicano. Entendiendo así, pueden adoptar todas aquellas personas que reúnan estos requisitos, son importantes éstos, porque entonces podemos entender que los mexicanos que viven en el extranjero y que son ciudadanos en otros países; pero que siguen siendo mexicanos por disposición constitucional y que se han ido a otros países en los que residen (donde viven y son ciudadanos) pueden adoptar; pues no dice jamás el Código Civil que deben ser (los adoptantes) de nacionalidad distinta a los adoptados.

#### - OBJETO DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y EL CASO EN QUE SE PERMITE

El Código Civil establece que "... tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen...". Esto es muy importante, por que lo que se busca es darle una

familia al menor que no la tiene; pero además, las líneas transcritas nos dan a entender que se dará preferencia a los mexicanos y que se permitirá la adopción internacional, cuando no se haya corrido con fortuna en México (el país de origen); lo que no queda muy claro es, si ese niño nunca fue tratado de adoptar ¿se entiende que no corrió con suerte o tiene que ser rechazado para que se considere que no pudo encontrar una familia en México?.

#### - LEYES APLICABLES A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Es aquí donde da un cambio nuestra ley, pues de ser una ley material se convierte en conflictual, ya que nos remite a otras normas para llevar a cabo las adopciones de personas que sean de un país distinto al nuestro: "... Esta adopción se registrará por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código."

Entonces encontramos que aquellos tratados que hayan sido celebrados, como lo establece el artículo 133 de la constitución, se aplicarán al caso concreto del que se trate, dependiendo de la nacionalidad de la persona se aplicará el tratado internacional correspondiente.

#### - EL CARÁCTER DE LAS ADOPCIONES INTERNACIONALES

La ley dispone que las adopciones internacionales que se realicen, "... siempre serán plenas" (art. 410-E del Código Civil). Entonces, cuando se efectúe una adopción internacional no podrá ser revocada, y el niño que se adopta entra a la familia del adoptante como si fuera hijo biológico del adoptante; además, se rompe con la familia biológica del adoptado, se generan todas las consecuencias jurídicas que estudiamos en la adopción plena. Así lo dice el Código Civil vigente; y tal como ocurre con varios apartados del Código Civil que no fueron modificados, este artículo no fue la excepción, no se modifica y por ello habla de "plenas"; aunque esta institución ya no exista con ese nombre.

#### - LA PREFERENCIA SOBRE QUIÉNES SE DA

Aparece expresamente en el propio Código Civil en el artículo 410-F: "En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a los mexicanos sobre extranjeros." Esto se debe a lo que explicamos, que ahora con las reformas hechas a la Constitución todo aquellos que somos mexicanos por nacimiento, no perdemos la nacionalidad mexicana; aunque adquiramos una distinta, la seguimos conservando. Entonces nuestros mexicanos por nacimiento se les considerará siempre mexicanos, y aunque

se naturalicen en otro país, y adquieran otra nacionalidad, y la ciudadanía; para efectos del derecho mexicano son mexicanos. Entonces, nosotros pensamos que cuando esos mexicanos que tiene la ciudadanía en otro país, y residen habitualmente en él, y quisieran promover la adopción de un niño mexicano que vive en nuestro país, se le dará preferencia a el mexicano que a cualquier otro extranjero, siempre que ambos estén en las mismas condiciones, es decir, que ofrezcan lo mismo al niño y tengan la misma situación.

Son referencias que de manera amplia establece nuestro Código Civil, y que muchas ya se encontraban en tratados internacionales que ha suscrito México, como la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE MENORES; en la que se establecía que todas las adopciones que se hicieran al amparo de esa convención serían plenas, sólo que es más detallada, señala: quiénes pueden efectuar la adopción internacional; los requisitos para ser adoptante y para ser adoptado; qué leyes se van a aplicar; lo que se protege; cómo se efectuará la adopción; el hecho de darla a conocer; el secreto de adopción y lo que se debe dar a conocer; las relaciones de adoptante y adoptado; a lo que da derecho (los derechos sucesorios, alimentarios); la irrevocabilidad de las adopciones y las que podrán ser revocables; la posibilidad de la conversión de adopción simple internacional a plena internacional; los consentimientos; la anulación; las autoridades competentes, tanto para el otorgamiento de la adopción como de la anulación; la conversión y las relaciones entre adoptado y adoptante; los requisitos que deberán cubrir los adoptantes, y aquí es muy importante el papel que tiene la autoridad, porque cuida desde el principio hasta el fin el bienestar del menor, pues durante un año cuidará y observará los resultados de la adopción.

## CAPITULO SEGUNDO

### **LA REPRODUCCIÓN HUMANA MEDIANTE PROCESO NO NATURAL (INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, FECUNDACIÓN ARTIFICIAL, TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS Y TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE EMBRIONES).**

#### I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, son diversos los procesos no naturales de reproducción asistida que se practican no sólo en el Distrito Federal, sino en nuestro país entero y en el mundo. Sin embargo, en las técnicas de reproducción asistida iniciales, encontramos a la inseminación y fecundación artificiales. Las opiniones a favor y en contra son abundantes; los puntos de vista son verdaderamente variados, pero estas técnicas en nuestros días son muy solicitadas y practicadas, han logrado que muchas parejas no se desintegren y obtengan uno de sus principales deseos, tener hijos o hijas.

Hasta antes del 25 de mayo del 2000, estas técnicas no estaban previstas en el Código Civil del Distrito Federal. La filiación de los hijos e hijas producto de las técnicas de reproducción no natural, quedaba a expensas de una legislación que no fue pensada para afrontar estos sucesos (aportados por la tecnología). Durante mucho tiempo, se pensó que era absurdo considerar legislar sobre tales hechos, pues todavía se veían lejanos a nuestra realidad, tanto social como económicamente. Sin embargo, nuestra sociedad no se ha quedado estática, cada vez hay más población; pero a la vez hay más personas con una educación profesional. Esto ha permitido observar la aplicación de aquellos instrumentos aportados por la ciencia, específicamente la biogenética. La mente de la sociedad mexicana, (en específico en el Distrito Federal), ha tenido apertura, aceptando las comodidades y los beneficios aportados por la tecnología.

Quizá una de las técnicas que ha dado mucho de que hablar, es la fecundación artificial extracorporea o in vitro. Estudiaremos como se lleva a cabo esta técnica y observaremos, la problemática surgida a raíz de la aplicación del Código vigente para el Distrito Federal. Con este capítulo,

pretendemos entender la suerte de los hijos e hijas producto de estas dos técnicas.

En este capítulo analizaremos y trataremos de conocer cuál es el resultado actual de la filiación. Entenderemos cómo se dan las relaciones paterno y materno filiales entre los hijos e hijas producto de estas dos técnicas. ¿Qué tan apropiado resulta mantener la regulación vigente del código civil para el Distrito Federal?. ¿Si se cubren las expectativas de los hijos e hijas producto de estas técnicas de reproducción asistida, los consentimientos cómo se emiten?. ¿Existe alguna diferencia biológica que deba ser considerada entre el que transmite las células germinales y los que reciben?. ¿Qué recomendaciones especiales hay para llevar a cabo estas técnicas de reproducción asistida?. ¿Es adecuado que se apliquen las técnicas de reproducción no natural a cualquier persona o deberán reunirse ciertas condiciones?. ¿Los intereses de quiénes deben predominar?. ¿Hay intereses encontrados en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida?.

## II. ESTUDIO CONTRASTADO ENTRE LA INSEMINACIÓN Y LA FECUNDACIÓN ARTIFICIALES

### 1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

#### A. CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. POR QUÉ SE RECURRE A ELLA.

**"Inseminación** [lat. Inseminatus, sembrador, de in, en + semen, semilla] f. Depósito de líquido seminal dentro de vagina o cuello uterino. **Artificial**\_ Introducción de semen en la vagina o el cuello uterino por medios artificiales."<sup>1</sup>

Como puede notarse, de la definición se desprende que la inseminación artificial consiste en hacer llegar los espermatozoides al óvulo por medios no naturales. De aquí surge una pregunta, cuya respuesta parece obvia y la cual tiene muchas variantes: ¿por qué hacer uso de la inseminación artificial?. La respuesta es clara. La razón del uso de este medio se debe a la imposibilidad que tienen algunas parejas para reproducirse naturalmente, es decir, la infertilidad que pueden presentar, ya sea uno sólo o los dos. Por eso la

---

<sup>1</sup> "Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina Dorland". Volumen 1 A-LL. Ed. Interamericana, McGraw-Hill. Madrid, España. 1992. Pág. 915.

ciencia se ha dedicado a buscar formas de contrarrestar esa situación. La infertilidad se torna una frustración para los matrimonios, pues la mayoría busca crear una familia, la cual muchas veces se considera incompleta cuando no se procrean hijos; ¿por qué aún en nuestros tiempos es importante procrear hijos?. Lo preguntamos así, porque hasta hace unas décadas la no procreación se imputaba a la mujer y la devaluaba: "El valor de la mujer radica en su capacidad de procrear; a la estéril se la desprecia o repudia. La función social de la mujer se encuentra limitada a << dar hijos al padre >>, y de criarlos sanos y fuertes"<sup>2</sup> Entonces entre más hijos tuviera la mujer mayor era su valía y se estimaba que desempeñaba muy bien el papel que le tocaba, es decir, de acuerdo a su sexo; en cambio una mujer que no podía procrear, se consideraba inservible; en esas épocas la esterilidad era un defecto terrible porque la mujer no podía ser considerada como tal, pues el privilegio concedido por la naturaleza a la mujer no podía ser disfrutado por ella. Hoy en día la esterilidad más que un defecto, es una desgracia; es la causa de un gran dolor. Ahora no se trata de que la mujer entre más hijos tenga demuestre que es muy mujer; el conflicto es interno, porque la mujer se siente privada del privilegio más grande que le ha sido delegado, la posibilidad de la maternidad, el traer un nuevo ser al mundo, el ver una nueva vida creciendo dentro de ella. Sin embargo, la esterilidad no es exclusiva de la mujer, también el hombre puede sufrirla. Anteriormente, ante la sociedad el varón que no podía engendrar se consideraba "poco hombre"; la hombría era valorada, al igual que en la mujer, por los hijos que pudieran engendrarse; e incluso un hombre quien andaba con una y otra mujer y las dejaba embarazadas se consideraba "muy macho". En la actualidad la crítica social ya no es tan así; ha cambiado, las ideologías son otras aunque no se puede negar, aún subsiste este tipo de ideas sobre todo en provincia. Pero el tener hijos, ya no es para demostrar la hombría o lo muy mujer que se es. Los hijos que se engendran ya no deben ser muchos, las razones son variadas. La explosión demográfica representa un problema significativo, los recursos naturales se están agotando a pasos agigantados; por ello el número de hijos procreados debe ser mínimo, e incluso en algunos países ha llegado a establecerse un número máximo (como es el caso de China). Entonces, ¿qué es lo malo de no poder engendrar, por qué desearlo? Se crea una frustración en las personas. Todos los seres humanos, de una otra forma, han buscado no pasar desapercibidos en este mundo; lo que más ha dolido, es pensar que después de muerto nadie nos recuerde. Muchos han logrado dejar huella, creando inventos los cuales han revolucionado la ciencia, la medicina, haciendo libros, música, pintura, arquitectura, literatura, danza, formando parte de la historia, etc. Sin embargo no todos corremos con la suerte de nacer con esas aptitudes, entonces ¿cómo lograr que una

<sup>2</sup> Autores Varios. "Reproducción". Ediciones Toray, S. A. Barcelona España. 1973. Pág. 263

vez muertos no nos olviden?. Se hace por otro medio, así pues las personas para autorealizarse se han encontrado que puede hacerlo, "mediante la reproducción o su autoperpetuación a través de los hijos".<sup>3</sup>

La forma que ha logrado el ser humano subsistir en el tiempo, es por medio de la prole, y en muchos casos resulta un aliciente para los padres, el contar en su vejez con los hijos, sobre todo para no sentirse solos.

¿Por qué recurrir a la inseminación artificial?. Como ya mencionamos la infertilidad es la causa decisiva. Las mujeres cuentan con un periodo de fertilidad durante el cual pueden procrear y va desde la primera menstruación hasta que llega a la menopausia. Sin embargo, aún durante el periodo en el cual se supone que la mujer puede estar apta para engendrar, posiblemente no lo esté, debiéndose a diversas causas, entre ellas a que sufra de amenorrea primaria, la cual consiste en no tener nunca un ciclo menstrual o que tenga amenorrea secundaria, es cuando se interrumpe el ciclo menstrual de manera temporal o permanente. Se produce la amenorrea cuando hay una falla ovárica "o una secreción inadecuada de gonadotropinas de la hipófisis anterior debida a una falla hipotalámica o hipofisaria... varios tratamientos médicos pueden provocar amenorrea; uno de ellos es el uso prolongado de los anticonceptivos. La falta ovárica se puede deber a una ausencia de folículos en el ovario... también hay mujeres que producen autoanticuerpos contra sus tejidos ováricos que destruyen sus folículos y provocan amenorrea secundaria".<sup>4</sup> También se ha considerado que "algunas mujeres son infértiles porque las secreciones de su aparato genital, y particularmente las del cuello uterino, son hostiles a los espermatozoides... La infertilidad femenina puede coincidir con una endometriosis, en la cual se encuentran islas de endometrio repartidas en la superficie del ovario y de la cavidad peritoneal. Este trastorno se puede tratar por medios quirúrgicos... La cirugía también puede corregir otros defectos, como la obstrucción parcial o total del oviducto que se presenta después de infecciones en el aparato reproductor. Este bloque impide que el espermatozoide llegue al óvulo o que los óvulos fertilizados pasen al útero."<sup>5</sup> Estas son algunas de las causas que dan lugar a la infertilidad en la mujer.

Pero no solamente la mujer sufre de esterilidad, el hombre también puede presentarla; claro que sus problemas son distintos y las causas de su esterilidad pueden ser variadas, aquí mencionaremos algunas. "Los hombres

---

<sup>3</sup> Autores varios, Op. Cit. Pág. 264.

<sup>4</sup> AUSTIN, CR. Y Short R. V. "Control artificial de la reproducción". (Procesos de reproducción en los mamíferos). Volumen 5. Ediciones Científicas La Prensa Mexicana, S.A. México. 1982. Pág. 87 y 88.

<sup>5</sup> *Ibid.* Pág. 87-89

se pueden volver menos potentes conforme envejecen, pero todavía pueden producir espermatozoides después de los setenta años...<sup>6</sup> Como vimos, en el caso de la mujer hay un periodo donde ésta es fértil, pero así como tiene un comienzo tiene un fin y la duración del periodo es más o menos corto, el cual va desde aproximadamente de los 11 años a los 45 o 50 años o un poco más. En cambio tratándose del hombre, su período es más amplio porque aún cuando llega a la vejez sigue generando espermatozoides y puede engendrar hijos, pero no todos los hombres corren con la misma suerte, porque hay algunos en los que la edad es un factor importante la cual les impide engendrar, pero esta no es la única razón. "Hay varias causas de infertilidad en el hombre. Las alteraciones endocrinas pueden producir trastornos en la espermatogénesis; es posible que los tumores hipofisarios inhiban la secreción de gonadotropinas y, por tanto, disminuyan los niveles de andrógenos circulantes."<sup>7</sup> Es entonces una de las causas de infertilidad, los tumores que impidan la secreción de espermatozoides, así pues el hombre tendrá un número bajo de ellos. Sin embargo hay otras razones, "La impotencia en el hombre puede estar asociada con varios factores, tales como alteraciones psicológicas o con niveles bajos de testosterona. Algunos hombres producen muy pocos espermatozoides (oligospermia) o no los producen (azoospermia). Estos trastornos se pueden presentar por defectos en las funciones endocrinas de la hipófisis y de los testículos y algunas veces responderán al tratamiento con hormonas hipofisarias... la infertilidad masculina se puede deber a la presencia de sustancias aglutinantes o tóxicas en el líquido seminal; también existen casos de hombres que desarrollan autoanticuerpos contra sus espermatozoides. Una infección o un accidente puede producir bloqueo del conducto deferente, el cual, algunas veces, se puede evitar eliminando la parte afectada y recanalizando el conducto... la infertilidad se debe, simplemente, a la presencia de escasos espermatozoides en el semen... probablemente porque los testículos tienen una cantidad insuficiente de túbulos seminíferos activos, o porque la espermatogénesis es defectuosa."<sup>8</sup>

En muchos casos la infertilidad, tanto en el hombre como en la mujer, puede corregirse con una intervención quirúrgica; sin embargo en otros casos no es una solución así pues se ha considerado que: "... la infertilidad masculina por oligospermia se puede corregir con el uso de la inseminación artificial. Es posible recolectar varias eyaculaciones sucesivas y almacenarlas

---

<sup>6</sup> AUSTIN, C.R. y SHORT, R.V. Op. Cit. Pág. 87.

<sup>7</sup> Ibid. Pág. 89.

<sup>8</sup> Ibidem.

a bajas temperaturas... hasta que se acumulen suficientes espermatozoides..."<sup>9</sup>.

En el caso de la mujer pueden darse los diferentes casos anotados; así que cuando no es posible que los espermatozoides puedan llegar al óvulo y fecundarlo, se utiliza la inseminación artificial.

## **B. DIFERENTES ESPECIES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

Existen dos tipos:

- La homóloga
- La heteróloga

### **a) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**

#### **i) QUÉ ES LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**

La inseminación artificial homóloga es: "...en la que se emplea el semen del marido"<sup>10</sup>, introduciéndolo por medios artificiales a la mujer para fusionarlo con el óvulo. La definición ofrecida por el "Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina", limita la inseminación a parejas casadas; sin embargo la ley no lo hace así, es más amplia, acepta la inseminación en personas quienes no están casadas, es decir, en concubenarios. Entonces, al pensar en inseminación homóloga no lo limitemos a una pareja casada y es así como lo manejaremos en el presente trabajo.

Buscando en otras fuentes encontramos una sociedad civil, cuyo patronímico es: "Técnicas de Reproducción Asistida, S.C.". Sus servicios van dirigidos para personas que tienen problemas reproductivos y los servicios que ofrece son los siguientes:

- Inducción de ovulación (estimulación ovárica controlada).

<sup>9</sup> AUSTIN, C.R. y SHORT, R.V. Op. Cit. Pág.87.

<sup>10</sup> "Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina Dorland. Op. Cit. Pág. 915.

- Inseminación artificial y capacidad espermática.
- Criopreservación y banco de semen.
- Transferencia intratubárica de gametos (GIFT).
- Fertilización in-vitro y transferencia de embriones (FIVTE "bebé de probeta").
- Laboratorio reproductivo.
- Gabinete de radiología y ultrasonido especializado.
- Microcirugía para reparación de trompas y deferentes.
- Procedimientos de endoscopia.
- Terapia psicológica para la pareja con problemas reproductivos.

Esta sociedad civil ofrece una definición de inseminación artificial homóloga: "es aquella donde se utiliza el semen de la pareja"<sup>11</sup>. Nos resulta más adecuada esta definición porque no es limitativa, pues no debemos olvidar el principio general de Derecho que dice: "donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir". Así pues, como la ley no señala que sólo se haga en personas casadas, pues incluso prevé a los concubinarios, no podemos considerar que sólo se hará cuando se trate de cónyuges.

Es importante tomar la forma de conducirse de estas instituciones, precisamente porque son las que llevan a la práctica lo que nosotros vemos como teoría y son ellas las que practican estos métodos, los cuales aún no están completamente previstos en las legislaciones vigentes.

La técnica de inseminar a la mujer con el semen del esposo, ha evolucionado. "En principio la inseminación del semen entero (o de forma ocasional de muestras divididas de la misma eyaculación) en el cuello uterino era un tratamiento común de la infertilidad por el factor masculino"<sup>12</sup>

Sin embargo esta técnica no fue afortunada, pues en muchos casos no funcionaba, pues como puede notarse es un tratamiento para abatir la infertilidad masculina, pero debemos recordar que no sólo existe ésta, también está la femenina y que aunque el semen se vertía en la mujer, podía suceder que las condiciones ofrecidas por la mujer no eran las adecuadas, por eso se buscaron nuevas técnicas. Así que, "... el siguiente grupo aceptado de tratamientos involucró el lavado de los espermatozoides dejando que los más móviles nadarán hacia los medios de cultivo o el filtrado de los mejores espermatozoides en albúmina o una suspensión coloidal

<sup>11</sup> [http:// www. Reproducción.com.mx/insem.html](http://www.Reproducción.com.mx/insem.html)

<sup>12</sup> YEN, Samuel S.C. y JAFFE, Robert B. "Edocrinología de la reproducción", (Fisiología, fisiopatología y manejo clínico). Tercera edición, Ed. Médica Panamericana. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pág. 718.

(Percoll) antes de la inseminación intrauterina efectuada de acuerdo con el monitoreo de la oleada de LH. Estas técnicas fueron superadas por la combinación de la preparación de los espermatozoides con el uso de citrato de clomifeno o hMG por la mujer. Más recientemente algunos médicos han informado que efectúan inseminaciones intraperitoneales de espermatozoides lavados en el fondo de saco a pesar de la falta de evidencias acerca de que éste sea un tratamiento efectivo.<sup>13</sup> Y es precisamente la falta de evidencias, lo que ha llevado a buscar más técnicas que puedan resultar efectivas para la inseminación. "El siguiente tratamiento popular será la inyección de los espermatozoides directamente en las trompas de Falopio por pasaje de un catéter a través del cuello uterino hacia los orificios de las trompas."<sup>14</sup> Sin embargo, "... la técnica utilizada con mayor frecuencia involucra el lavado de los espermatozoides en medios de cultivo, el centrifugado de la muestra, el decantamiento del sobrenadante y la cobertura de pellet con medios de cultivo frescos (0.5 a 1m). Después de una hora los espermatozoides más móviles nadan hacia los medios, y pueden inseminarse. La mujer es tratada con gonadotrofinas... para incrementar el tiempo de inseminación y contar con más de un óvulo para la fertilización. Si bien este tratamiento combinado o sus variantes tienen amplia utilización en la infertilidad masculina, los principales informes que popularizaron este enfoque lo utilizaron para la infertilidad no debida al factor masculino..."<sup>15</sup>. Estas dos últimas técnicas, son utilizadas tratándose de infertilidad masculina y femenina. La inyección de los espermatozoides es útil porque ayuda tanto a la infertilidad del hombre como la de la mujer.

Ya vimos las formas indicadas por los libros para efectuar la inseminación artificial homóloga; ahora veamos como exponen las instituciones que ofrecen este servicio, para ello recurriremos nuevamente a "Técnicas de Reproducción Asistida, S.C.". El procedimiento es el siguiente:

"... la muestra de semen se obtiene por masturbación el mismo día en que se va a realizar la inseminación. Se recomienda a la pareja una abstinencia sexual en los tres días previos con el objeto de maximizar la calidad de la muestra seminal en número y calidad de los espermatozoides.

La técnica de capacitación espermática se selecciona según la calidad de la muestra de semen. Tiene una duración hasta de 2 horas y debe iniciarse a los 30 minutos después de obtenida la muestra. Cuando la muestra está lista para inseminación se deposita en un catéter especial conectado a una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo

---

<sup>13</sup> YEN, Samuel S.C. y JAFFE, Robert B. Op. Cit. Pág. 718.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

vaginal estéril para localizar el cervix (igual que una exploración vaginal de rutina) y por su orificio se introduce el catéter hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si el caso lo amerita, se puede depositar también semen capacitado en el interior del cervix (inseminación intracervical).

El catéter se retira lentamente y se deja a la paciente en reposo 20 minutos, concluyendo así el procedimiento. Se indica reposo relativo al día siguiente y coito vaginal. Se recomienda administrar algún medicamento progestágeno para ayudar a la implantación del pre-embrión.<sup>16</sup>

## **ii) SUPUESTOS QUE SE MENCIONAN COMO JUSTIFICANTE DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

Como ya se ha mencionado, tanto en la infertilidad masculina como la femenina se utilizan, y los supuestos que podemos mencionar que justifiquen la inseminación artificial homóloga, serán los siguientes:

- Algunas mujeres tienen secreciones de su aparato genital y específicamente en el cuello uterino, lo que hace que sean hostiles a los espermatozoides; es decir, cuando la mujer sufre de este problema, puede suceder que los espermatozoides al ser introducidos (como normalmente se hace) no puedan sobrevivir, que crean un medio tan ácido que termina eliminando los espermatozoides, y es aquí donde es recomendable la inyección de los espermatozoides.
- En caso de que el hombre sufra de oligospermia, es decir, de una baja producción de espermatozoides, la solución es que el hombre tenga varias eyaculaciones, y se junten para poder inseminar a la mujer.
- También puede darse el caso en el cual el hombre no sufra de oligospermia, pero que sus espermatozoides sean muy débiles y no puedan sobrevivir, al grado de que el tiempo que les toma llegar a los óvulos, no lo puedan completar y mueran; es entonces cuando se recomienda el empleo de la inseminación artificial.
- Puede suceder que el hombre genere anticuerpos contra sus espermatozoides, así que es recomendable extraerlos antes de que

---

<sup>16</sup> <http://www.reproduccion.com.mx/inmem.html>

sean eliminados por los anticuerpos y efectuar la inseminación artificial.<sup>17</sup>

### **iii) REQUISITOS QUE SE PUEDEN EXIGIR PARA LA PRÁCTICA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**

"Las indicaciones más comunes para realizar la IAP son:

- La imposibilidad de eyaculación vaginal (impotencia sicogena u orgánica, hipospadias severo, eyaculación retrograda, disfunción vaginal) y el uso de esperma congelado antes de un tratamiento de cáncer o vasectomía)
- Infertilidad debida a factor masculino, en el cual la muestra de semen muestra deficiencias en el numero (oligospermia) motilidad (astenospermia) o morfología (teratospermia) de los espermatozoides.
- Factor cervical desfavorable que no puede ser tratado con tratamiento. Medicamentoso."<sup>18</sup>

A los casos establecidos podríamos agregar:

- Cuando se presente alguna forma de esterilidad determinada por médico.
- Aprobación de la comisión de ética de la clínica u hospital que la efectúe.
- Consentimiento expreso otorgado por la pareja, quien pretende hacer uso de las Técnicas de Reproducción asistida.

Como hemos visto son varios los requisitos establecidos por el "Consenso Internacional sobre Procreación Asistida" que hemos tomado como base; pero por último mencionamos como requisito "el consentimiento" (lo ponemos entrecomillado porque muchos han sido los debates que lo han circundado) para muchos este puede ser el punto de partida y la base para efectuar la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) o incluso la fecundación asistida, la cual analizaremos posteriormente.

---

<sup>17</sup> AUSTIN, C.R. y SHORT, R.V. Op. Cit. Pág. 89.

<sup>18</sup> Estos requisitos son establecidos por el Consenso Internacional sobre Procreación Asistida", de la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad (International Federation of Fertility Societies, IFFS).

En el II Congreso Mundial Vasco, hubo una ponencia cuyo título fue “EL CONSENTIMIENTO EN LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA”, a cargo del catedrático en Derecho Civil de la Universidad de Valencia, V.L. Montes Penades. En esa exposición, el autor planteó que el consentimiento debe ser observado en cuatro planos:

- a) Para la disposición y utilización de gametos
- b) Para la utilización, destino y manipulación de embriones
- c) Para la realización de técnicas de fecundación asistida
- d) Para la constitución de determinadas relaciones jurídicas.”<sup>19</sup>

Tomando en cuenta los cuatro planos apuntados por el autor Montes Penades ahora veamos cuál es el trato dado por el Derecho Mexicano al consentimiento.

Como hemos dicho, a partir de la reforma del 25 de mayo del 2000, ya no puede afirmarse que se carece de una regulación respecto a las técnicas de reproducción asistida e incluso antes de la citada fecha, lo que ocurría era otra cosa, pues no la encontramos directamente en el Código Civil y no existía una regulación concreta de la filiación surgida por el empleo de las técnicas de la reproducción asistida; pero ya había en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (RLGSMIS) una serie de reglas establecidas, para practicar la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*; cabe señalar, que no se establecía regla alguna para determinar la filiación. Sin embargo hoy en día, en el Código Civil vigente aparecen reglas para determinar la filiación de personas que son producto de las técnicas de reproducción asistida; empero como observaremos, no hay una reglamentación específica para cada uno de los casos de reproducción asistida.

En el artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud se dan definiciones. La fracción XI se refiere a lo que debe entenderse por “Fertilización Asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*”.

El Código Civil vigente utiliza el término de fecundación asistida, el cual como veremos más adelante no incluye todas las formas de efectuar técnicas

---

<sup>19</sup> II. CONGRESO MUNDIAL VASCO. CONGRESO DE FILIACIÓN. LA FILIACIÓN A FINALES DEL SIGLO XX. PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LOS AVANCES CIENTÍFICOS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA. MONTES PENADES, V.L. “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”. Edita Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria Gasteiz. 1988. Pág. 194.

de reproducción asistida; es más acertado el término de "fertilización". Cabe mencionar que el legislador (en el Código Civil) quiso abarcar todas las formas de reproducción asistida y esto lo notamos cuando en el artículo 293 (donde estudia las formas de generar parentesco) en el párrafo segundo (al comentar sobre el parentesco de consanguinidad), determina que se equipara al parentesco consanguíneo el generado entre, los hijos nacidos por medio de las técnicas de reproducción asistida y quienes consentan. Por ello, entendemos que el legislador trató de abarcar todas las formas de reproducción asistida y no solamente la de fecundación artificial.

El consentimiento aparece en el artículo 43 del reglamento citado: "para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, purperio y lactancia; en nacimientos, óbitos o fetos; y para la fertilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y su pareja y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionar; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido."

Es muy claro el artículo cuando establece que para la fertilización asistida se requiere de la "carta de consentimiento", en la cual deben figurar el consentimiento de la mujer, el del cónyuge o del concubinario. Entonces, como punto de partida nos surge una confusión, pues el artículo puede apreciarse de dos formas; pensando que como sólo se habla del consentimiento del "cónyuge o del concubinario", parecería que únicamente se admite la fertilización asistida en "matrimonios y parejas estables"; pero debemos recordar que en nuestro derecho nos regimos por una serie de principios, así pues, existe la regla siguiente: "a los ciudadanos, a diferencia de las autoridades; lo que no nos está prohibido, nos está permitido". Y como la ley no prohíbe expresamente que personas no casadas, es decir solteras, hagan uso de estas técnicas; no podría pensarse que este derecho se restringe sólo a cónyuges y concubinarios; e incluso se observa de manera más clara, cuando en el segundo párrafo del artículo 43 se abre la posibilidad de "dispensar" el otorgar el consentimiento. Sobre este mismo punto observamos un problema con el Código Civil vigente, pues regula la aplicación de técnicas de reproducción asistida; pero sólo lo reglamenta para

hijos nacidos de matrimonio; sin embargo tratándose de concubenarios no establece los mismos lineamientos y tampoco tratándose de personas solteras, mismas a las que no prohíbe la fertilización asistida; pero en las que analizaremos la conveniencia de efectuarles la aplicación de las técnicas de reproducción asistida

De la lectura del artículo 43 del RLGSMS, podemos ver que de los cuatro planos establecidos por Montes Penades, se prevén tres (el a, b y c); pero el d lo vemos reflejado en el Código Civil vigente en los artículos 326 y 329.

El artículo 43 nos remite a dos artículos, el 21 y 22, mismos que vale la pena conocer para entender el alcance del consentimiento en el derecho mexicano.

Antes de transcribir los artículos 21 y 22, es necesario analizar el artículo 20, pues explica el concepto del termino consentimiento: "se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna."

Con este consentimiento, tal como lo dispone la ley, se da permiso de participar en la investigación; le informan todo sobre los procedimientos, los cuales se llevaran a cabo para efectuar, en este caso, la fertilización asistida; los riesgos que se corren, decidiendo así si se quiere o no someter a las técnicas de reproducción asistida; pero jamás se compromete a ser padre de hijo que se procee con este medio, o a reconocer como tal al hijo nacido; sin embargo, creemos que ahora dentro de la información se debe incluir esto, siendo el hecho generador de la filiación. Consideramos que fue muy acertado el legislador al establecerlo en la reforma del 25 de mayo del 2000, por medio del consentimiento se crea la filiación entre el producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la mujer; y el producto y el marido de ella. Hoy en día, el marido ya no podría retractarse y negarse a registrar al niño; o incluso tampoco podría impulsar el juicio de desconocimiento de la paternidad, pues el consentimiento y las reglas del artículo 326 segundo párrafo y 329 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, no lo permiten.

"Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos."

“Art. 329 Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

Los dos artículos mencionados por el artículo 43, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de investigación para la Salud (como ya lo habíamos visto), son el artículo 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. El artículo 21 a la letra dice:

“Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá 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 la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales son experimentales;
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y

- XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

Es muy completo el artículo transcrito, pero a pesar de que se da información muy completa, jamás se le indica a la persona los compromisos adquiridos con el producto de las técnicas de reproducción asistida. Debería ser parte de este artículo, sobre todo ahora con las reformas al Código Civil del 25 de mayo del 2000, donde se incluye esta posibilidad, en los artículos 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Se garantizan y generan derechos para las personas quienes hacen uso de la reproducción asistida, y no así al producto de dichas técnicas. Para tomar una decisión tan importante como esta, deberían informarse las consecuencias de tales actos, para evitar la posibilidad de retractarse, y no afrontar la paternidad y las obligaciones que esta conlleva; sobre todo tratándose de hijos de concubenarios, donde nuestro Código Civil vigente no obliga de la misma manera como en el caso de los cónyuges. Por lo anteriormente expuesto, es necesario incluir un apartado donde se señale que el consentimiento (proviniente de cónyuges o concubenarios) generará lazos de filiación con el producto de las técnicas de reproducción asistida; y las reglas para la filiación aparezcan en el Código Civil, donde se reconozca a esta forma de generar vida como base para crear lazos de filiación, como ya se hace con los cónyuges; con la intención de proteger, ante todo y sobre cualquier interés el del menor, el del producto de las técnicas de reproducción asistida; tal como los tratados internacionales lo hacen, donde se protege al menor.

Por lo que se refiere al artículo 22 del RLGSMIS encontramos en su redacción lo siguiente:

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

- I. Será 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. Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;
- III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;
- IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no

supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

- V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.”

La fracción I trata sobre la información establecida por el artículo 21, en la cual se debe reunir el consentimiento; se reitera que éste debe ser por escrito.

Fracción II, es posiblemente una parte importante del consentimiento. Además de ser muy interesante, pues habla de una “comisión de ética”; implica que cada institución encargada de prestar el servicio de fertilización asistida, deberá tener una “comisión de ética”; y ésta revisará y aprobará, cuando así lo crea conveniente, el llevar a cabo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Es importante que esta “comisión de ética” se conduzca con responsabilidad; pensando siempre en los intereses de los menores; y no se guíe por los beneficios que pudiera recibir por parte de los futuros padres. Creemos que no solamente debe regularse aquí sobre esta “comisión de ética”, sino además, debe establecerse responsabilidades penales para los integrantes de las comisiones de ética de cada instituto de salud, quienes se manejen de manera inadecuada (art. 228 al 230 del Código Penal).

Cabe indicar que los parámetros bajo los cuales deben manejarse las comisiones de ética, aparecen en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el título segundo bajo el rubro: “De los aspectos éticos de la investigación en seres humanos”; así como los lineamientos que debe observar la comisión de ética para autorizar la fecundación asistida:

“Art. 13. En toda investigación en la que el ser humano sea sujeto de estudio, deberán prevalecer el criterio del respeto a su dignidad y la protección de sus derechos y bienestar.”

Entonces de acuerdo con este artículo, el punto de partida es el respeto a la dignidad y la protección de sus derechos y bienestar del ser humano sujeto a estudio, en este caso la futura madre. Podemos notar que no se habla de la dignidad, de la protección, de los derechos y el bienestar del producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, quedando desprotegido el nuevo ser. Es importante que la comisión de ética proteja los derechos del producto, y sea ésta el punto de partida para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

“Art. 14. La investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:

- I. Se ajustará a los principios científicos y éticos que la justifiquen;
- II. Se fundamentará en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o en otros hechos científicos;
- III. Se deberá realizar sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo;
- IV. Deberán prevalecer siempre las probabilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos predecibles;
- V. Contará con el consentimiento informado y por escrito del sujeto de investigación o su representante legal, con las excepciones que este reglamento señala;
- VI. Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 114 de este reglamento, con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación;
- VII. Contará con el dictamen favorable de las comisiones de investigación, ética y de la bioseguridad, en su caso, y
- VIII. Se llevará a cabo cuando se tenga la autorización del titular de la institución de atención a la salud y, en su caso, de la Secretaría, de conformidad con los artículos 31, 62, 69, 71, 73 y 88 de este reglamento.

Son varios los puntos importantes que este artículo maneja, entre ellos comentaremos algunos. Hay principios que deben justificar la investigación, esos principios son científicos y éticos. Antes de aplicar la investigación o las técnicas de reproducción asistida a humanos, debe efectuarse la experimentación en animales; además deben ser más los beneficios que los riesgos; ante todo se busca “cuidar la integridad del ser humano”; deberá efectuarse un dictamen de las comisiones de investigación, ética y bioseguridad; debe mediar la autorización del titular de la institución de salud.

Se debe evitar cualquier riesgo o daño, por ello deben tomarse medidas (art. 15 del RLGSMIS). En el artículo 17 del RLGSMIS, se establecen los niveles de riesgo:

“Art. 17. Se considera como riesgo de la investigación a la probabilidad de que el sujeto de investigación sufra algún daño como consecuencia

inmediata o tardía del estudio. Para efectos de este reglamento, las investigaciones se clasifican en las siguientes categorías:

- I. Investigación sin riesgo: Son estudios que emplean técnicas y métodos de investigación documental retrospectivos y aquéllos en los que no se realiza ninguna intervención o modificación intencionada en las variables fisiológicas, psicológicas y sociales de los individuos que participan en el estudio, entre los que se consideran: cuestionarios, entrevistas, revisión de expedientes clínicos y otros, en los que no se le identifique ni se traten aspectos sensitivos de su conducta;
- II. Investigación con riesgo mínimo: Estudios prospectivos que emplean el registro de datos a través de procedimientos comunes en exámenes físicos o psicológicos de diagnóstico o tratamiento rutinarios, entre los que se consideran: pesar al sujeto, pruebas de agudeza auditiva, electrocardiograma, termografía, colección de excretas y secreciones externas, obtención de placenta durante el parto, colección de líquido amniótico al romperse las membranas, obtención de saliva, dientes deciduales y dientes permanentes extraídos por indicación terapéutica, placa dental y cálculos removidos por procedimientos profilácticos no invasores, corte de pelo y uñas sin causar desfiguración, extracción de sangre por punción venosa en adultos en buen estado de salud, con frecuencia máxima de dos veces a la semana y volumen máximo de 450 ml. En dos meses, excepto durante el embarazo, ejercicio moderado en voluntarios sanos, pruebas psicológicas a individuos o grupos en los que no se manipulará la conducta del sujeto, investigación con medicamentos de uso común, amplio margen terapéutico, autorizados para su venta, empleando las indicaciones, dosis y vías de administración establecidas y que no sean los medicamentos de investigación que se definen en el artículo 65 de este reglamento, entre otros, y
- III. Investigación con riesgo mayor que el mínimo: Son aquéllas en que las probabilidades de afectar al sujeto son significativas, entre las que se consideran: estudios radiológicos y con microondas, ensayos con los medicamentos y modalidades que se definen en el artículo 65 de este reglamento, ensayos con nuevos dispositivos, estudios que incluyen procedimientos quirúrgicos, extracción de sangre mayor al 2% del volumen circulante en neonatos, amniocentesis y otras técnicas invasoras o procedimientos mayores, los que empleen métodos aleatorios de asignación a esquemas terapéuticos y los que tengan control con placebos, entre otros".

El consentimiento juega un papel fundamental (hablando jurídicamente) en la aplicación de técnicas de reproducción asistida, porque gracias a este determinará si se aplican o no a una persona; el RLGSMIS es básicamente completo. Sin embargo el elemento fundamental, que es el de crear lazos jurídicos entre quienes hacen uso de estas técnicas modernas de reproducción asistida y el producto de ellas, aparece en el Código Civil vigente. Posiblemente, pudiéramos pensar que tratándose de la inseminación artificial homóloga, no haya problema alguno cuando no medie consentimiento del marido; pues podría quedar vía para poder lograr que el hijo sea reconocido por el padre, pues si no lo hiciera voluntariamente, estaría el medio del juicio de reconocimiento de la paternidad, ya sean concubenarios o cónyuges; sin embargo no es así, pues ya explicamos en páginas anteriores la voluntad del órgano legislativo al establecer el consentimiento como medio para generar filiación; y el mayor problema está en que la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción asistida, la filiación nace de la voluntad excluyendo a las demás; así pues no que daría ningún camino para los hijos e hijas que reclamaran la paternidad o maternidad. Entonces la única forma para tener un padre y una madre, sería por un reconocimiento voluntario.

Pensamos que no debe desaparecer lo establecido en el RLGSMIS porque son los lineamientos básicos, a los cuales deben sujetarse las instituciones de salud quienes efectúan las técnicas de reproducción asistida; pero debe agregarse la información de los lazos jurídicos de filiación que puede generarse; así mismo, debe agregarse en el Código Civil un apartado, cuya función sea regular estas situaciones de manera detallada y no de forma tan genérica como lo hace el Código Civil actual; y que establezca reglas señalando que por medio del consentimiento se adquiere una aceptación expresa de la paternidad del producto de las técnicas de reproducción asistida (sea por inseminación artificial homóloga e inseminación artificial heteróloga), por parte del marido y del concubinario. También debe agregarse una protección a los intereses y derechos, por parte de la comisión de ética, al producto de las técnicas de reproducción asistida. Y en protección a tales derechos e intereses, debe agregarse en el Código Penal una sanción específica, para aquéllos quienes en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida cometan negligencia, en el cuidado de tales intereses. Puede pensarse que no es muy importante; pero sí de acuerdo con los nuevos tiempos se ha buscado dar mayor protección al menor como: tutelar sus derechos, darle apertura a las manifestaciones que desee efectuar, ¿por qué no darle protección desde su nacimiento?, dejándolo a la deriva en espera de la buena voluntad de los demás, en este caso del padre. No es válido traer al mundo hijos y dejarlos desamparados,

ya sea por uno o por ambos padres, en otro apartado estudiaremos el papel que juega cada uno.

#### **iv) LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA, A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL**

Como ya se mencionó, la inseminación artificial homóloga es cuando se hacen llegar los espermatozoides al óvulo; pero lo que destaca es que los espermatozoides son del esposo o de la pareja. Entonces partimos de que la inseminación artificial homóloga se da entre dos personas que están unidas por el vínculo matrimonial o por el concubinato; este punto de referencia es de suma importancia, porque de aquí partiremos para analizar la inseminación artificial homóloga a la luz del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Cuando se haga uso de la inseminación artificial homóloga, el hijo o hija nacida puede ser colocada en el supuesto fijado en el artículo 324 del Código Civil; es entonces, cuando se consideraría al hijo como nacido de cónyuges, si éste nace en los tiempos fijados en el Código Civil vigente para el Distrito Federal (como lo dispone el mismo artículo citado). Este último punto resulta interesante, porque se comprende que ahora con las reformas, puede llevarse a cabo una inseminación artificial antes de que se contraiga el matrimonio; si nace cuando la pareja esté casada, se presume que es de los cónyuges y aún efectuando un juicio de desconocimiento de la paternidad, no podría desconocerse la misma, dado que aún alegando que le fue imposible tener relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. Sin embargo, no podrá impugnar el cónyuge la paternidad, cuando haya hecho uso de las técnicas de fecundación asistida si media su "consentimiento expreso"; esto da lugar a poder impugnar la paternidad cuando no medie consentimiento expreso, a su vez indica que el consentimiento tácito no es válido; es decir, cuando participa el marido, se presta a efectuar todo el procedimiento para realizar la inseminación, pero no afirma, ni específica que acepta se insemine a su mujer, en este caso se podrá impugnar la paternidad. Sería injusto que por capricho del padre o por influencia de un momento cólera, el hijo nazca sin un padre, entonces ¿qué camino le queda al hijo para tener un padre?. Nosotros consideramos que el hijo no debe quedarse sin padre. Sin embargo, lamentable en este supuesto no puede hacer nada el hijo, ya que

no podría recurrir a lo establecido en el artículo 382, que aunque no distingue al señalar que: "la paternidad y maternidad puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios". No podemos incluir a los hijos nacidos por medio de las técnicas de reproducción asistida, ya que el propósito del legislador, con la reforma del 25 de mayo del 2000, fue establecer la voluntad como otra fuente de filiación; por esta razón, en el artículo 243 en su párrafo segundo, la equipara a la filiación consanguínea y le da el mismo trato. No podemos, ni debemos confundir a la filiación biológica consanguínea con la filiación consensual consanguínea, que son establecidas por nuestro Código Civil y debemos entender que una excluye a la otra, toda vez que las reglas expuestas en el Código Civil no dejan lugar a dudas, al dar la posibilidad de impugnar la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida, cuando no haya mediado consentimiento, para que éstas se efectúen.

Es largo el trayecto del problema planteado, porque para considerar que el hijo no es del esposo de la mujer (como se indicó), se debe efectuar un juicio de desconocimiento de la paternidad; en éste, la madre tendría la obligación de demostrar que hubo consentimiento expreso; para ello podrá valerse de los elementos que le exigieron como requisitos para llevar a cabo la fertilización asistida.

Sin embargo, como hemos apuntado anteriormente, la inseminación no se da sólo entre esposos; también puede darse en parejas de hecho, es decir, entre aquéllas quienes guardan concubinato, así lo prevé el RLGSMIS. Entonces aquí las reglas, hasta cierto punto son distintas, pues hay una serie de circunstancias que la rodea y que analizaremos más adelante. Por ello, en este momento manejaremos supuestos de la inseminación de hijos nacidos de cónyuges.

Ahora plantearemos otra hipótesis, supongamos que el marido promueve el juicio de desconocimiento tomando como base los artículos 325 y 326 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; alegando que durante la época de concepción él no pudo ser quien engendrara por dos razones: primera porque estuvo de viaje y segundo porque sufre de oligospermia y esto le impide poder embarazar a su mujer, y a cualquiera otra; en este caso la mujer tiene la carga de señalar que si bien es cierto, su marido estaba de viaje y sufre de oligospermia, ambos se sometieron a un tratamiento de inseminación artificial; así basta con el consentimiento expreso del marido para el uso de tales medios; además del hecho de ser el marido dador de los espermatozoides y someterse a este tratamiento. El problema se presenta cuando el marido no dio su consentimiento expreso, en cuyo caso no puede hacerse la atribución de la paternidad; aún cuando se haya sometido al

procedimiento de extracción de los espermatozoides. Pero además se suscita una situación especial; posiblemente el esposo se verá en la necesidad de promover un juicio de desconocimiento de la paternidad, pues la presunción del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, da la posibilidad de que cuando se tenga un hijo se presente sola la mujer con su hijo y su acta de matrimonio, para que se pueda hacer la presunción de que el hijo es de los cónyuges, por haber nacido dentro de matrimonio, y por ende tendrá derecho, el hijo, de que se le ponga el apellido paterno de cada uno los padres. Es por esta razón, que se requiere hacer un juicio de desconocimiento por parte del padre; si lo efectúa podrá demostrar que el jamás consintió y siendo un requisito sine qua non, de acuerdo con el Código Civil no podrá hacerse la atribución de la paternidad.

Manejamos el supuesto en el cual el hijo nace en tiempo hábil y el marido se empeña en desconocerlo; pero ahora comentaremos la hipótesis en la cual el hijo nace fuera de tiempo hábil. Debemos recordar que son dos los extremos fijados, tratándose del tiempo hábil: que nazca dentro de matrimonio, es decir, desde que se celebró el matrimonio o que nazca dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, siempre y cuando la mujer no contraiga uno nuevo; pero ¿qué ocurriría si no naciera en esos tiempos, es decir, que sucedería si naciera antes de celebrarse el matrimonio?. En este caso pueden ser muchos los manejos que pueden darse, por las circunstancias presentadas; por ejemplo, si el hijo nace antes de matrimonio, el hijo tendría que ser reconocido; sin embargo el padre podría negarse a reconocerlo. Así nos surgen dos preguntas, ¿tiene importancia el hecho de asistir, tanto el esposo como la mujer a una clínica para hacer uso de la inseminación artificial, mediando su consentimiento, respecto a la mujer para efectuarle la inseminación y tratándose del varón para hacer uso de sus espermatozoides?; ¿ese consentimiento podría considerarse como principio de prueba, o como indicio para iniciar un juicio de investigación de la paternidad?. Podríamos pensar que sí, pues jurídicamente, al parecer no hay elemento que lo desvirtúe; sin embargo no es así. El órgano legislativo, el 25 de mayo del 2000, al efectuar la reforma al Código Civil introduce una nueva forma de generar parentesco, y esta es por medio del consentimiento expreso, tal como lo apunta el artículo 293 segundo párrafo, de tal manera que si el consentimiento es una forma de generar parentesco excluyendo a otras (al menos ese parece ser el espíritu de los legisladores con la reforma); de no entender esto así, entonces no tendría un peso mayor el consentimiento expreso, a la paternidad o maternidad biológica, generando un terrible conflicto entre los que son padres biológicos de los jurídicos, al aplicarse las técnicas de reproducción asistida.

Aunque creyéramos que un asunto tan importante como este, antes de la reforma del 25 de mayo del 2000, carecía de regulación, estaríamos en un error; el problema aún está en el Código Civil vigente, pues no contempla de manera individual cada una de las formas de reproducción asistida y no crea reglas específicas.

Sin embargo, para cumplimentar debemos recurrir a otras normas vigentes en el Derecho Mexicano, en este caso algunas respuestas las encontramos en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (el cual analizaremos en un tema posterior). Pero queremos adelantar que la inseminación artificial está prevista en ese Reglamento, en ambas modalidades (homóloga y heteróloga), dentro de los requisitos fijados está que: "... se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario...". Por esto podemos suponer que al presentar prueba por escrito, sabía el marido o concubinario de la inseminación artificial efectuada en su pareja. Aunque el consentimiento es un requisito para efectuar la inseminación artificial, no es obligatorio; y el propio Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el artículo 43, del cual hemos transcrito una parte, en su segundo párrafo, señala que el consentimiento del cónyuge o concubinario puede dispensarse en los siguientes supuestos: "... en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido".

Entonces, el marido puede negarse a dar su consentimiento y aún cuando no lo dé se podrá efectuar la inseminación, pues basta con que el marido o el concubinario "no quiera hacerse cargo de la mujer"; en este caso pensemos, ¿qué ocurriría si el marido no quisiera ir a registrar al hijo?. En el caso de la mujer casada nada, porque bastaría con que la mujer se presentara con su acta de matrimonio para registrar al hijo y se le considerará como nacido dentro de matrimonio, y por ende con un padre cierto; el marido de la madre. Cabe señalar que cuando no haya consentimiento, a la mujer casada podría traerle la siguiente consecuencia: que el marido inicie la demanda de divorcio basado en el artículo 267 frac. XX donde se sanciona el hacer uso de las técnicas de reproducción asistida sin consentimiento del cónyuge; es una causal de divorcio. Pero no corre la misma suerte el hijo proveniente de parejas de hecho, que están estables, es decir, los concubinarios. En este caso, si el hombre no quiso dar su consentimiento suponemos que para efectuar la inseminación homóloga debió estar de acuerdo en un principio y permitir se le extrajeran los espermatozoides para poder fertilizar a la concubina; pero para ello se debió obtener su consentimiento desde un principio, para realizar la "fertilización asistida" (como le llama el reglamento de la Ley General de

Salud en Materia de Investigación para la Salud); creemos entonces que éste puede ser la prueba base para demostrar la paternidad sobre el hijo o al menos será un indicio. A diferencia de los hijos nacidos de cónyuges, el consentimiento no es tan relevante en los concubinarios, esto debido a que con las reformas se le da una importancia relevante al "consentimiento expreso", porque mediando éste se puede afirmar que el hijo es de los cónyuges; sin embargo, tratándose de los concubinarios, la ley no le da la misma importancia, pues omite mencionarlo y darle el mismo valor que a los hijos de cónyuges. Lo mismo ocurre cuando el hijo nace antes de que se celebre el matrimonio; aún suponiendo que se dio consentimiento, tendría el hijo que esperar a que el padre lo reconociera; en caso de no hacerlo, el hijo podrá efectuar un juicio de investigación de la paternidad, presentando el consentimiento como indicio, lo graves está en la imposibilidad de la madre, de presentarse sola con el hijo y el acta de matrimonio, porque las fechas revelarían que el hijo nació antes de que contrajera matrimonio; entonces deberá esperar a que se declare la paternidad por sentencia.

Y, ¿si no existiera ningún consentimiento?. Aquí habría otro problema y otra solución. No existiendo prueba por escrito, es decir el consentimiento otorgado por el concubinario para efectuar la inseminación homóloga; creemos que queda el camino establecido en el artículo 382 del Código Civil; acudimos a éste, porque los hijos nacidos de concubinarios se les reconoce; pero en este caso, suponiendo que el reconocimiento no es voluntario; aunque existe en nuestro Código Civil, la disposición señala que se presumen hijos de concubina y concubinario los nacidos dentro del concubinato, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina(art. 383). El problema de este precepto jurídico está al llevarlo a la práctica; no hay prueba material que lo demuestre, como ocurre en el matrimonio, en el cual hay constancia de tal acto jurídico, e incluso para demostrar que es verdad lo que decimos, observemos los requisitos para registrar a un hijo:

Si tiene de 1 a 6 meses de edad debe:

- Presentar constancia de alumbramiento
- Acta de matrimonio de los padres (en caso de no ser casados comparecer ambos padres con su respectiva acta de nacimiento)
- Identificación de los padres
- Comprobante de domicilio
- Dos testigos mayores de edad con identificación.

Si tiene de 6 meses a 17 años de edad:

- Presentar constancia de alumbramiento
- Fe de bautizo o similares (si la hubiere)
- Constancia de inexistencia de registro de nacimiento de la oficina central y del lugar de origen.
- Identificaciones oficiales (escolares o médicos)
- Acta de matrimonio de los padres (en caso de no ser casados, comparecer ambos padres con su respectiva acta de nacimiento)
- Identificación de los padres
- Comprobante de domicilio
- Dos testigos mayores de edad.

En los dos casos se señala la obligación de presentar acta de matrimonio y si el esposo no pudiera acudir, bastará con presentar el acta; pero si no “están casados”, entonces se presentarán ambos con su respectiva acta de nacimiento y con una identificación; el problema en sí, es que se presentan ambos, aunque hay una presunción establecida en el artículo 383 del código civil vigente para el Distrito Federal, es muy difícil aplicarla a la práctica, pues si no se establecieran esos requisitos cualquier persona podría atribuirle un hijo a otra, quien posiblemente no sea el padre, por esta razón no tomamos como base para resolver la pregunta planteada el artículo 383 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; sino el 382 del mismo ordenamiento, es decir, el presentar pruebas para atribuir la paternidad de los hijos, pues se podría efectuar la investigación de la paternidad. Pero además, podrá demostrarse que accedió a dar los espermatozoides con los que se fertilizó a la mujer. Aquí encontramos un detalle interesante, podríamos pensar que el consentimiento debe ser expreso y no puede haber uno tácito, pues incluso el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, establece que el consentimiento informado debe ser por escrito; pero ese consentimiento no establece directamente la paternidad, e incluso no olvidemos que puede dispensarse o retirarse. El consentimiento del Código Civil vigente para el Distrito Federal, establecido en el artículo 293 segundo párrafo, no determina si debe ser expreso o se acepta al tácito. Tratándose de hijos nacidos de matrimonio, sí aclara que debes ser “expreso”. Nosotros aceptamos la posibilidad de presentar como prueba el hecho de que el concubinario asistió a dar sus espermatozoides, sabiendo las consecuencias de una futura fertilización.

Ahora pensemos en una situación un tanto llamativa; se trata de un hijo que no nace capaz de vivir, y fue reconocido según el artículo 353- Quáter. No es hecho ignoto, el que el uso de las formas de reproducción asistida puede traer como consecuencia nacimientos múltiples; así lo manifiesta la psicóloga Mirta Videla, que tan sólo en su país, Argentina, se calculan “más de 200

embarazos múltiples<sup>20</sup>, de los cuales por desgracia no sobreviven todos los hijos engendrados, pues los hijos que no nazcan capaces de vivir, es decir, los cuales no sean viables (hablando jurídicamente) esos aparecerán como hijos del marido, al igual que aquéllos que queden vivos y sean viables. Si nacieren dentro de matrimonio (aún cuando no los quieran aceptar como hijos), se le atribuyen al marido y los nacidos viables también; para poder tener como padre al marido de la madre basta que nazcan dentro de matrimonio. El problema está en que el marido podrá efectuar el desconocimiento.

Puede presentarse otra hipótesis para desconocer la paternidad. Quedando en tela de juicio la filiación de un hijo o hija producto de la inseminación artificial, cuando el marido por cualquier motivo caiga en estado de interdicción; es decir, ubicándose en cualquiera de los supuestos del artículo 450 frac. II, se producen varias preguntas: ¿quién otorga el consentimiento?; ¿Quién puede aparecer como el padre?, ¿Podría oponerse el marido?; si es así, ¿cuándo?; ¿Quién puede reclamar la paternidad?. Aquí pueden ocurrir varias cosas interesantes. Primero observemos el consentimiento del marido, para efectuarse la inseminación artificial, y para que se le hiciera la extracción de los espermatozoides, necesitó haber dado su consentimiento; tal como lo dispone el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación de la Salud (RLGSMIS) en el artículo 43, y el Código Civil en el artículo 326. Pensamos que debió ser en un lapso de lucidez, porque como veremos en otro apartado de la presente tesis, el consentimiento debe cubrir una serie de requisitos (según lo maneja el RLGSMIS), estos aparecen en los artículos 21 y 22 (como ya hemos estudiado). Así entonces debe dársele a las personas que pretenden hacer uso de esta forma de reproducción asistida, una información detallada. Pero además, debe formularse por escrito el consentimiento, y dentro de los requisitos está la obligación de ser revisado (el consentimiento); y en su caso, aprobado por una comisión de ética de las instituciones, quienes prestan el servicio de reproducción asistida. Todas las instituciones deberán contar con una comisión de ética, esto por disposición legal; no creemos que la comisión de ética permitiría se presente una persona en estado de interdicción a dar su consentimiento (el cual es de suma trascendencia, tal como lo señala el artículo 26 del RLGSMIS, y por el cual se permitirá generar una vida. Jurídicamente no podría ser posible y adecuado, pues suponiendo se diera el caso en el cual se presentara una persona en estado de interdicción, para que se efectuara una inseminación homóloga en su esposa; pero para esto (obviamente), carece de capacidad natural y legal (el esposo), el consentimiento dado por

---

<sup>20</sup> VIDE LA, Mirta. "La reproducción humana. ¿ un derecho y un placer para quién?. Artículo facilitado por la Aseguradora Hidalgo.

él solo, no sería válido; además, en ese caso los herederos del cónyuge podrán impugnar la paternidad(art. 332); ¿Quién entonces deberá dar su consentimiento a nombre del marido?. Como podemos imaginarnos, la persona facultada para actuar a nombre del incapaz (natural y legal), es el tutor, tal como lo prevé el artículo 449. Dentro de las facultades que tiene el tutor está la de: "... la representación interina del incapaz..."; pero ¿quién sería en sí el tutor o tutora?. La ley es muy clara, cuando se trata de personas situadas en los casos del artículo 450 frac. II, y específicamente tratándose de personas casadas: "... El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge..." (art. 466); y el artículo 486 agrega lo siguiente: "La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge". Entonces, en el caso planteado, quien tendría que dar el consentimiento a nombre del sujeto en estado de interdicción, es la esposa. ¿Sería jurídicamente correcto esto?. Para contestar esta pregunta nos ayudaremos con una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**"TUTELA. IMPEDIMENTO DE LA CONYUGE PARA EJERCERLA.** Es incorrecto estimar que el artículo 503, fracción VII, del Código Civil para el Distrito Federal, que determina quiénes no pueden ser tutores aunque estén anuentes en recibir el cargo, deba interpretarse con exclusión del cónyuge del incapacitado, porque si bien el diverso 486 del mismo ordenamiento perceptúa en términos generales que la mujer o el marido son tutores legítimos forzosos, ello atiende a los estrechos lazos afectivos y de cooperación que existen entre los esposos, que no deben disminuir ni distanciar por la incapacidad sobrevenida de alguno de ellos. De ahí que la obligación de desempeñar la tutoría subsiste, en tanto se conserve el carácter de cónyuge. Sin embargo, es lógico inferir, sin que exista disposición legal en contrario, que cuando existe pendiente de resolverse entre los cónyuges un juicio contradictorio de divorcio, esa contraposición de intereses impide ejercer la tutela, pues de otro modo se desvirtuaría su naturaleza que tiende a la guarda de la persona y bienes de quien tiene algún tipo de incapacidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 449 del Código Civil, por lo que no podría prevalecer la regla general sobre la específica.

Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Tomo XIV – Diciembre. Tesis I. 2o. C. 234 C. Página 454  
Tesis Aislada.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 4730/94. Ana Kalia Zarkín de Cortés. 31 de

octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos.  
Secretario: Víctor Francisco Mota Cien Fuegos.

No es similar el caso a lo que estamos tratando, pero lo aplicable a la situación planteada es el existir “una contraposición de intereses”; así pues, se vuelve incorrecto ejercer la tutela, porque la cónyuge en lugar de tomar una decisión, atendiendo los intereses del marido sería atendiendo los propios; ya que si ella decidiera tener un hijo y tomara la decisión, prácticamente sería de manera unilateral, pues poseería esa facultad; entonces no podría dejarse en esa posición a una persona, pues como lo apunta la tesis: “se desvirtuaría la naturaleza de la tutela”; por eso pensamos que jurídicamente no es posible poder aceptar semejante decisión; entonces, lo más adecuado será esperarse a un intervalo de lucidez para obtener el consentimiento del cónyuge. En caso de efectuarse violando todo lo anterior, quedaría el camino del desconocimiento de la paternidad, para ello, se requiere se ejecute por el propio tutor; pero como es de suponerse, si el tutor es la cónyuge y es la que hizo todo el enredo para tener un bebé, no va a ser ella quien después impulse el juicio de desconocimiento de paternidad en contra de su propio hijo. Así pues, previendo el Código Civil vigente para el Distrito Federal los casos en los cuales el tutor no lo haga, podrá hacerlo el esposo una vez que salga de la tutela, teniendo como plazo 60 días contados desde el día en el cual se declaró legalmente cesado el impedimento (art. 330 y 331 del Código Civil vigente para el Distrito Federal). Ahora bien, si el marido fallece y no recobró la razón, y el tutor no interpuso el juicio de desconocimiento de la paternidad, en este caso podrán hacerlo los herederos (art. 332 del Código civil vigente para el Distrito Federal). Claro está, el hijo fue concebido con espermatozoides del marido; así pues, a pesar de todas las vías establecidas, deberá incluirse que el hijo es del marido; el problema que vemos, es el poder violentar el derecho de una persona, en este caso del marido, para efectuar este tipo de tratamientos.

## **V) LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM**

Es aquella en la que el marido fallece, pero éste se sometió a la extracción de espermias los cuales quedan congelados, y la esposa puede hacer uso de ellos en un futuro; aún después de fallecido el marido. Esto gracias a “Las posibilidades abiertas por la tecnología moderna (congelación del semen sin deterioro comprobado de su poder fecundante, también de embriones

humanos obtenidos tras la fecundación in vitro) pueden dar lugar a resultados extravagantes...”<sup>21</sup>

Esta situación ya ocurrió con: “...la viuda francesa Corinne Parpalaix, que demandó a los CECOS al objeto de ser inseminada con el semen depositado por su marido fallecido...”<sup>22</sup> ¿A la luz de nuestra legislación vigente se permite la inseminación artificial post mortem?. De acuerdo con el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el multicitado artículo 43, no aparece la prohibición de que una mujer cuyo esposo ha fallecido pueda ser inseminada con espermatozoides de él; porque el consentimiento pudo otorgarlo antes de morir, desde que se sometió a los estudios para poder lograr la fertilización asistida; sin embargo, también puede suceder que nunca diera su consentimiento, ¿entonces se considerará hijo o no del marido?

Para contestar la interrogante, debemos analizar a la luz del Código Civil, qué ocurriría con la filiación del hijo nacido de una inseminación artificial post mortem:

Como hemos visto, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, no prohíbe la inseminación artificial post mortem; las preguntas que podemos formular, son: ¿se considera que hay un padre cierto, aún cuando éste haya muerto?, ¿hay algún tiempo específico para impugnar la paternidad, si es así quiénes lo pueden hacer?

Tratándose de matrimonios, las reglas del Código Civil son claras; aunque no se habla específicamente de la inseminación post mortem, se incluye dentro del término de fecundación asistida, pues no hace exclusión de ninguna de las formas de reproducción asistida.

Para responder la primera pregunta, es necesario observar el tiempo en el que nace el hijo. Pensemos en los siguientes casos: El primero en el cual la mujer inseminada, después de que fallece el marido, pero éste se sometió a las técnicas de reproducción asistida antes de morir y otorgó su consentimiento para que se llevara a cabo la fertilización asistida (como apunta el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud), una vez muerto, la mujer decide inseminarse y el hijo nace dentro de los trescientos días. El hijo entra en el supuesto del artículo 324 frac. II; ya que el hijo nace dentro de los trescientos días,

<sup>21</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime. “Las nuevas formas de reproducción humana”. Ed. Civitas, S.A. Madrid, España. 1988. Pág. 145

<sup>22</sup> *Ibidem*.

después de disuelto el matrimonio, toda vez que la viuda no ha contraído segundas nupcias. Sin embargo, si la mujer dentro de ese tiempo contrae segundas nupcias, entonces se colocará en lo establecido en la frac. I; pues como hemos visto, ahora para presumir la paternidad del cónyuge se requiere que el hijo nazca dentro de matrimonio; no importa que sea incluso el mismo día de la celebración, pues bastará con que minutos antes de que nazca se celebre el matrimonio.

Pero ahora pensemos que el hijo nace después de los trescientos días; obviamente, no está colocado en ninguno de los dos supuestos del artículo 324, porque no está naciendo dentro de matrimonio, pues éste se ha disuelto por muerte del marido y nace después de los trescientos días siguientes a la disolución. Supongamos que el varón y la mujer se sometieron a las técnicas de reproducción asistida; pero el marido muere antes de que sea inseminada la esposa; sin embargo, desde que se efectuó la extracción de los espermatozoides otorgó su consentimiento, y una vez que falleció el marido, la mujer por el dolor de la pérdida se tarda en efectuar la inseminación, así dura seis meses para poder ser inseminada; lo hace y lógicamente el hijo nace después de los trescientos días de disuelto el vínculo conyugal; aún cuando el hijo se coloque en este supuesto puede considerarse hijo del marido, gracias al consentimiento expreso otorgado por el marido, pues el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal prevé esta situación:

“Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de la fecundación asistida a su cónyuge.”

Como puede notarse, no se permite impugnar la paternidad cuando el cónyuge consienta expresamente, en el uso de los métodos de reproducción asistida. Cabe mencionar que son muy amplios los tiempos, pues el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “... el hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio...”. No señala un tiempo máximo, lo único requerido es que el hijo nazca después de los trescientos días. Esto resulta interesante, porque en este caso la fuente de la filiación es el consentimiento, tratándose del empleo de las técnicas de reproducción asistida, tal como lo apunta el artículo 293 párrafo 2º del Código Civil para el Distrito Federal, donde se determina que: “También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan”. Como vemos el plazo es muy amplio, porque no hay tal; podemos exagerar y pensar en un término de diez años; esto es una

gran problema. Entonces puede decirse que si la mujer decide inseminarse en diez años, ¡lo puede hacer!, pues cuenta con el consentimiento del hoy *decujus*; y podrá considerarse que es el hijo del marido fallecido. Hay autores como Serrano Alonso, que se inclinan por el establecimiento de plazos breves para que pueda efectuarse la inseminación *post mortem*; el autor citado nos hace observar lo determinado por el Ministerio de Justicia española, sobre el plazo máximo determinado para efectuar la inseminación *post mortem*: "... como aconsejable un plazo de un año de luto y 300 días más, con posibilidad de concesión de una prórroga por el Juez ante petición fundada de la viuda..."<sup>23</sup> Puede notarse que precisamente, como el Código Civil vigente no trata por separado las formas de reproducción asistida, sino de manera globalizada, se permite la posibilidad de efectuar la inseminación *post mortem*; y además de ello no hay un plazo para hacer uso de este método, y todavía resulta posible atribuírsele a una persona, por el tiempo que haya transcurrido para efectuar la inseminación. Pero lo grave, no está en los plazos para efectuar la inseminación *post mortem*; sino lo realmente grave del empleo de este método, son las condiciones bajo las cuales nacerá el hijo; es decir, que se trae a un ser al mundo sabiendo de antemano y en conciencia de que carecerá de un padre; precisamente porque éste ya falleció, es decir, se va a generar una vida para que esté en una familia incompleta. De aquí creemos que resultan varios puntos controvertidos, los cuales posiblemente no se hayan observado. Muchos han sido los que han cuestionado el empleo de las técnicas de reproducción asistida en mujeres cuyo esposo ha fallecido; pues la consideran parecido a la inseminación en mujer soltera, misma que ha sido muy cuestionada. Así encontramos dos (una bifurcación en las opiniones); por un lado hay quienes hablan de los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente; y los que defienden al producto de las técnicas de reproducción no natural, el hijo o hija. Así encontramos a Campuzano Tome, quien habla a favor de los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente, y crea la siguiente interrogante: "Los problemas en orden a la congelación de esperma surgen en aquellos supuestos en los que el donante fallece. ¿Cabría en tales casos la posibilidad de que su vida reclamará el derecho a ser inseminada artificialmente con semen de su marido fallecido... el Derecho no puede cerrar los ojos debiendo decantarse, bien en el sentido de prohibir esta práctica, bien concediendo a la vida este derecho."<sup>24</sup> De aquí podrían surgir varios comentarios importantes; como el hecho de que una vez fallecido el marido ¿a quién le pertenecen los espermatozoides congelados?, ¿Son a caso parte de la

---

<sup>23</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. SERRANO ALONSO, E. "El depósito de esperma o embriones congelados y los problemas de la fecundación *Post Mortem*". Op. Cit. Pág. 405.

<sup>24</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. CAMPUZANO TOME, H. "Reflexión en torno a los derechos de la viuda para ser inseminada artificialmente". Op. Cit. Pág. 411.

herencia?, ¿Pertenece a la viuda o al Estado o al hospital donde se haya hecho la extracción?. Estas preguntas las contestaremos en el siguiente capítulo, que es donde hacemos un análisis profundo de una serie de elementos, a la luz de la ley.

El autor Campuzano condiciona el derecho a usar los espermatozoides del marido y sólo podrá hacerse cuando haya dado "el consentimiento"; esto sería parte de la voluntad del marido, como parte de la herencia en la que dispone de sus bienes; pero para ello se deben analizar varias cuestiones como, ¿si son bienes, es decir, están dentro del comercio tal como lo dispone el artículo 747? Para contestar esta pregunta recomendamos consultar el siguiente capítulo. Pero el autor en comento apunta: "... la respuesta que se adopta ha de quedar fuertemente condicionada por el hecho de que el marido – titular del semen – haya prestado o no expresamente su consentimiento a tal fin. En el primer caso, es decir, suponiendo que el marido hubiera hecho constar en vida su expreso deseo de que en el caso de morir su viuda fuera inseminada artificialmente con el semen que él depositado, al margen de la necesidad de dotar al supuesto que nos ocupa, de una adecuada regulación legal, pienso que, cabría admitir esta práctica. Nos encontraríamos entonces con la situación... de que una persona engendre un hijo después de fallecida; la respuesta afirmativa ha de seguirse en razón del valor que al documento acreditativo de la voluntad de uno de los cónyuges ha de otorgársele."<sup>25</sup>

Cabe señalar otro apunte que también efectúa el mismo autor: como poner un punto límite, para evitar que se le insemine nuevamente, es interesante, precisamente porque nuestro Código Civil vigente no establece ningún límite y permite todo; por lo que si la mujer efectúa la inseminación post mortem, puede hacerlo varias veces. El autor llega a una conclusión, en defensa del derecho de la mujer a ser inseminada: "Admitido el derecho de la viuda a ser inseminada artificialmente con semen del marido fallecido cuando conste expresamente su consentimiento, y dentro de un plazo rígido legalmente establecido..."<sup>26</sup>

Como puede notarse, se cuidan en demasía los intereses de la viuda y la voluntad del marido fallecido; sin embargo, los intereses y la situación del hijo queda de lado, por ello hay autores que recordando al nuevo ser lo defienden argumentando lo siguiente: "... resulta injusto respecto al hijo, y, por tanto

---

<sup>25</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. CAMPUZANO TOME, H. Op. Cit. Pág. 411

<sup>26</sup> Ibid. Pág. 412

indeseable, programar su vida al mundo, cuando ya su progenitor no se encuentra en él...".<sup>27</sup>

Es interesante el apunte de Vidal Martínez, de igual forma se propugna la psicóloga Mirta Videla; es muy cierto el razonar de estos dos autores, pues resulta demasiado egoísta pensar traer un hijo al mundo, sólo por la necesidad de no sentirse solo o sola; ¿por qué condenar a un ser a jamás tener un padre?, ¿cómo hacerle comprender a una persona que nunca conocerá a su padre, pues éste ya no existe?, y ¿cómo explicarle que vive esa situación, pues una persona de manera unilateral lo decidió sin pensar en los sentimientos de quien iba a ser su hijo o hija?. Nosotros creemos que ante todo se debe valorar los intereses del hijo, por encima de cualquier interés; por la siguiente sencilla razón: el hijo no nacido, no tiene voz; pero es el mayor afectado con estas decisiones. Puede pensarse: "no es justo para la viuda, por negarle la oportunidad de la maternidad"!; sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con este punto de vista, pues nosotros apoyamos firmemente la posibilidad de adoptar, la consideramos la vía más propia para tener una familia, en estos casos, para el adoptado. México carece de una cultura de adopción, ésta es un medio idóneo para proporcionar un hogar a quien no lo tiene. Posiblemente la cuestión surgida es: ¿Pero no resulta injusto para el adoptado, el no tener una familia completa?, ¿a caso no es lo mismo que inseminar a una mujer soltera? A nuestro parecer no es así, porque los niños que se pretenden adoptar, ya existen y están en instituciones públicas o en la calle, padeciendo de la falta de un ser amoroso, de alguien que pretenda darles estudios, cariño, bienestar; y en estos casos creemos que "es mejor tener un padre o una madre a no tener nada". No es tan descabellada la propuesta efectuada, sabemos y hemos resaltado que no todas las adopciones resultan; por ello, pensamos debe regresar la institución de la Adopción Simple; pare llegar a la conclusión expuesta hemos hecho el siguiente análisis: Durante mucho tiempo se criticó a las madres divorciadas, hablamos de ellas porque comúnmente son ellas las que se hacen cargo de los hijos. Las madres divorciadas han demostrado que pueden sacar adelante a sus hijos e hijas, económica y moralmente; ya sabemos que el hijo o hija necesita el amor paterno, y del cual afortunadamente, se ha hecho una difusión; sobre la separación de los padres, en la cual se maneja (en esencia): "que se divorcian los padres no así los hijos". Pero ahora pensemos qué ocurriría si nadie se ocupara de los hijos, es decir, que los dejaran abandonados, ¿no preferirán, los hijos o hijas, que al menos uno de sus progenitores se ocupe de ellos, es decir, les diera la atención, amor, cuidado y bienestar?. En la adopción ocurre esto para los niños y niñas quienes fueron totalmente abandonados, es preferible tener a

<sup>27</sup> VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Op. Cit. Pág. 145.

alguien a no tener a nadie. Confiamos en la adopción, en el entendido que la institución pública quién los acoga y dé en adopción haya investigado a la persona que pretenda adoptar; conozca la situación económica, psicológica y moral de la persona; se ocupe de hacer revisiones para saber cómo está funcionando la adopción; y se asegure que el adoptado no sufre de maltrato y se ha brindado educación y bienestar en general, tal como lo ordena la "convención sobre adopción de menores de la Organización de Estados Americanos"

Hemos visto, que habiendo consentimiento puede decirse que hay un padre cierto, sin importar el tiempo en el cual se efectúe. Del Código Civil vigente para el Distrito Federal se determina que el consentimiento puede hacerse valer, en cualquier tiempo, ya que solo indica: "... después de los trescientos días de la disolución..." sin establecer un máximo.

Ahora veamos si se puede impugnar la paternidad que resulta en el uso de estas técnicas de reproducción, en específico la inseminación artificial post mortem y si se puede impugnar. Esto nos lo responde el artículo 329 del C.C.V.D.F, nos señala quiénes pueden hacer la impugnación, y la pueden promover: "... a quien perjudique la filiación...". Entonces puede ser cualquier persona, siempre que demuestre que se le perjudica con la filiación que se genera entre el mortuus y el nuevo ser. Pero además, el artículo 329 del ordenamiento citado, establece que la impugnación: "... no prospera, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge". Esto significa que si el defunctus dejó asentado su consentimiento, entonces nadie, así sea muy perjudicado por el hecho del nacimiento del nuevo ser, puede impugnar la paternidad sobre el producto de las técnicas de reproducción asistida. El consentimiento es el punto de partida para estas situaciones. Pero si no hubo consentimiento sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida; entonces el panorama es distinto, pues si la atribución de la paternidad se hace cuando media consentimiento, ¿qué puede ocurrir si no existió el consentimiento de un varón ya fallecido?. Apreciamos en el capítulo anterior, que se puede prescindir del consentimiento del marido y puede efectuarse la inseminación artificial. Podemos pensar en la persona que se somete a las técnicas de reproducción asistida, y que el marido no quiere que se insemine a su esposa; pero él se presta a la extracción de espermatozoides y no da el "consentimiento expreso", el cual requiere según la ley. En este caso no se puede considerar que es hijo de la pareja, precisamente porque la ley requiere de "consentimiento expreso", y no un consentimiento tácito, que sería lo que medió al someterse a la extracción de espermatozoides; entonces lo más importante aquí, será que el hijo nazca dentro de matrimonio, es decir, en el tiempo establecido en la fracción II del artículo

324 del Código Civil vigente del Distrito Federal. En este supuesto, si el hijo nace: "... dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio..."; aún cuando no haya habido consentimiento del marido para que se efectúe la inseminación se presume de los cónyuges. El artículo 326 del C.C.V.D.F., establece los casos en cuales se puede impugnar la paternidad, pero estas posibilidades van dirigidas al cónyuge varón, es decir, determina en qué situación puede el cónyuge varón impugnar la paternidad. Nótese que sólo va dirigido al cónyuge varón y no a sus descendientes o herederos; y dentro de lo establecido en el artículo 326 del C.C.V.D.F., interpretado en contrario sensu, puede afirmarse que el cónyuge varón puede impugnar la paternidad de los hijos (que durante el matrimonio conciba su mujer), esto es, los que nazcan desde que la pareja contrajo nupcias, hasta los habidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio; cuando su cónyuge haya concebido hijos haciendo uso de las técnicas de reproducción asistida, sin el consentimiento expreso de él, entonces podrá el cónyuge varón impugnar la paternidad. Pero en el caso de la inseminación post mortem, el marido ya no puede impugnar la paternidad, porque ya no existe, ya falleció. Sabemos que no hubo consentimiento expreso porque la inseminación fue posterior a su muerte; sin embargo, si el hijo nace dentro de los trescientos días, es decir, en el tiempo hábil, entonces la pregunta es, ¿podrán hacerlo los herederos del decajus?. Nosotros pensamos que inicialmente no; los herederos no están facultados para impugnar esta paternidad de los hijos nacidos de matrimonio, sólo pueden proseguir el juicio que inició el marido (art.333 del C.C.V.D.F). Sin embargo, el marido cuenta con sesenta días para efectuar la acción desde que tuvo conocimiento del nacimiento; pero si el cónyuge varón fallece dentro del tiempo que tiene para impugnar la paternidad, estando bien de sus facultades mentales, y no había efectuado la reclamación, entonces lo podrán hacer los herederos; para ello cuentan con sesenta días, los cuales correrán a partir de que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre. Lo interesante de esta hipótesis, sería que desde el punto de vista jurídico, no podría dársele posesión de los bienes del padre; ya que ni siquiera puede heredar, toda vez que es incapaz para adquirir por testamento o intestado, pues carece de personalidad, porque no estaba concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia (art. 1314 Código Civil vigente para el Distrito Federal). Al parecer, lo que motiva el descontento, y por ende la impugnación, es la perturbación en la posesión de la herencia; pero en este caso no puede darse por la razón de que no tiene personalidad.

Pensando en el caso en el cual el hijo nace después de los trescientos días de disuelto el vínculo conyugal, y no habiendo consentimiento, ¿Qué ocurre, se puede impugnar la paternidad?, ¿sí es así, en cuánto tiempo pueden hacerlo?. Ambas preguntas las contesta el artículo 329 del Código Civil

vigente para el Distrito Federal. Comenzaremos contestando la segunda pregunta. El artículo 329 determina que se puede promover la impugnación: "... en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación..."; pensamos que en estas líneas se contestan las dos preguntas, y de aquí surge otra: ¿A quién podría afectar la filiación?. Pensamos en los herederos, estos se ven afectados, precisamente porque el hijo que se engendrare por inseminación artificial post mortem no podría reclamar nada de la herencia (por lo ya apuntado en el artículo 1314 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, por no tener capacidad). Entonces pensamos que no puede recurrirse al artículo 329, porque carecería del motivo principal, que es le "perjudique la filiación"; la otra cuestión sería ¿Cuál es el alcance de estas dos palabras, se puede incluir que le perjudica moralmente a alguien?. No lo sabemos, pero estamos conscientes de que el alcance debe ser sólo en el aspecto económico, porque el afectado directo de la impugnación, es el hijo.

Puede surgir otra hipótesis. Que la esposa se haya sometido a un tratamiento junto con su marido, éste fallece y la inseminan; pero no hay certeza de que quedó embarazada y contrajo segundas nupcias antes de que transcurran trescientos días; el hijo nace dentro del segundo matrimonio, entonces de acuerdo al artículo 324 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, se presume que el hijo es de los cónyuges, es decir de la nueva pareja; el problema está en que el nuevo esposo puede impugnar la paternidad en razón del artículo 326 del Código Civil, pues siendo producto, el hijo, de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debió mediar consentimiento expreso; si no lo hay, es susceptible de impugnación, sin importar que el nuevo cónyuge sabía del embarazo, esto se debe a que el artículo 328 del Código Civil quedó derogado, y ahora ya no protege a los hijos en estas situaciones.

Ahora analizaremos el consentimiento, el cual aparece reconocido en el Código Civil, como hemos visto. No hay prohibición respecto al uso del semen de un mortuus, de acuerdo con la Ley de Salud y al Código Civil; como notamos, debe mediar un consentimiento. Pero por lo que se refiere a los requisitos creemos que ese consentimiento se debe dar al inicio de la práctica, antes de realizar la extracción para meterlo en el banco de semen; pero como hemos señalado, no es un reconocimiento de la paternidad, porque la propia Ley señala que el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio se hace por alguno de los medios siguientes (Art. 369 del C.C.V.D.F.):

"...

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

- II. Por escritura pública;
- III. Por testamento, y
- IV. Por confesión judicial directa y expresa.

El consentimiento escrito (ya estudiado) no reviste ninguna de las formas apuntadas por el artículo 369 del Código Civil, por lo tanto no podría considerarse como hijo; si no se efectúa en alguna de las formas apuntadas, como podría ocurrir con el consentimiento; sin embargo el consentimiento se convierte en un elemento importante, porque puede presentarse como medio de prueba para atribuirle a alguien la paternidad del hijo, junto con el hecho de que se sometió la pareja a un tratamiento para lograr la fecundación, tal como lo marca el artículo 369 en su último párrafo:

“El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.”

Si alguien quisiera hacer aparecer a un individuo como hijo de una persona, e hizo uso de las técnicas de reproducción asistida, tendría que presentar el consentimiento de la persona; y no siendo ninguna de las formas establecidas para el reconocimiento, podría servir como indicio para un juicio de investigación de la maternidad; esto tratándose de una pareja de concubenarios.

En el caso de los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida y siendo en específico una inseminación post mortem, puede ocurrir como hemos visto, atribuírsele al marido; porque el principal elemento que solicita el Código Civil es el consentimiento, y habiéndolo, difícilmente se puede impugnar la paternidad; sólo que los hijos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia, cosa que como ya hemos visto no puede ocurrir, pues carece de capacidad por no haber tenido personalidad al momento de la muerte del padre, toda vez que no era concebido aún no nacido.

Creemos que apegados a lo establecido en el artículo 329 del Código Civil vigente, es decir, naciendo después de los trescientos días sin contraer segundas nupcias y habiendo consentimiento, se le puede atribuir la paternidad al de cujus; pero los derechos generados para el hijo, por el reconocimiento de la paternidad a que se refiere el artículo 389, se ven fracturados, pues posiblemente pueda el hijo:

“ I. Llevar el apellido paterno de sus progenitores.

## II. Ser alimentado por las personas que lo reconozcan”.

Pero tratándose del tercer derecho, es decir, el de “...percibir la porción hereditaria...”; en este caso, el producto de las técnicas de reproducción asistida no podría tener derecho a éste, pues la disposición del artículo 1314 del C.C.V.D.F. es muy clara:

“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 a los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.”

Es aquí donde se genera un problema importante, porque a diferencia de lo dispuesto en el artículo 324 y 329 del C.C.V.D.F., en donde el punto medular radica en el tiempo en el cual se da el nacimiento; pero en el caso del artículo 1314 del C.C.V.D.F., la relevancia se le concede a la concepción; por eso, aunque consideramos que la filiación se atribuirá dependiendo del tiempo en el cual se dé el nacimiento, los derechos que conlleva la determinación de la filiación se ven divididos. Como sabemos el marido falleció y posteriormente se insemína a la esposa, esto indica que el hijo no estaba concebido al momento en el cual se da la muerte del padre; por lo tanto, el hijo es incapaz para poder adquirir por testamento o intestado por no tener personalidad.

Mucho ha sido lo que se ha debatido sobre este tema, precisamente por la situación generada en torno al producto de las técnicas de reproducción asistida, la viuda y el defunctus.

Ya hemos mencionado que hay autores, quienes equiparan la inseminación post mortem a la inseminación en mujer soltera; y muchos de ellos apoyan el hecho de que se practique esta forma de inseminación, mediando una serie de requisitos considerados de suma importancia; por ejemplo, los propuestos por el Ministerio de Justicia de España son:

“a) El consentimiento del marido en testamento o en documento público, con referencia a los gametos depositados en determinado establecimiento autorizado.

b) La prueba de que en este establecimiento se llevó a cabo la fecundación con los gametos identificados (del esposo fallecido).

c) Que el nacimiento se produzca en un plazo prudencial y que no concurra presunción de paternidad deriva de un nuevo matrimonio de la viuda.

e) La notificación a quienes tengan derechos que deban desaparecer o disminuir por tal nacimiento”.<sup>28</sup>

El primer punto y base de partida es “el consentimiento del marido”, el cual ya hemos visto como se maneja en nuestro derecho; pero este consentimiento resulta más complicado, porque éste será en dos sentidos: el autorizar se insemine a la mujer con el esperma de él; y además, reconocer al producto de las técnicas de reproducción asistida como el hijo propio. De aquí surge una reflexión interesante, si apareciera el consentimiento del marido en testamento o en documento público, creemos que se estaría frente a un reconocimiento; ya vimos las formas de hacerlo, y entre las mencionadas en el artículo 369 del C.C.V.D.F. está: “Por testamento (frac. IV)”, igual podría ser en escritura pública, la cual sería un documento público (frac. III). Entonces habría imposibilidad de impugnar la paternidad, pues el artículo 367 es muy claro al establecer: “el reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento”. Pensamos que se estaría ante un reconocimiento, porque si el marido otorgó el consentimiento no puede impugnar la paternidad, es el elemento esencial como ya hemos estudiado; pero los medios utilizados para otorgarlo son los previstos por el reconocimiento; y al otorgarlo, se da una aceptación, en cuanto a las consecuencias que se van a generar con el uso de las técnicas de reproducción asistida; y en consecuencia se debe considerar reconocido el hijo.

En el inciso b encontramos una postura interesante, se busca asegurar que los espermias con los que se fecunde a la esposa del de cujus, sean exactamente los de él; sin lugar a dudas.

Tratándose del inciso c, ha habido serios debates, pues consideran que “el plazo” establecido será una de las columnas principales para atribuir el hijo al marido. Como vimos, se han fijado distintos plazos. Hay quienes opinan que de uno a dos años es adecuado; pero hay quienes al plazo le aumentan otro requisito para otorgarlo, consideran que mientras no se case la viuda el plazo puede alargarse hasta por cinco años, para evitar confusiones en las

<sup>28</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO, Op. Cit. SERRANO ALONSO, E. (“El depósito de esperma o embriones congelados y los problemas de la fecundación post mortem”). Pág. 405 y 406.

cuales pueda ser atribuido el hijo tanto al mortuus como al nuevo marido. Es de suma importancia el plazo, podría ser como el que se fijaba cuando la mujer se divorciaba del marido; porque estamos ante el supuesto de una inseminación artificial que puede efectuarse en cualquier tiempo; además de pensar en el plazo de luto, el cual podrá necesitar la viuda, mismo que muchas veces no se cumplirá. Así pues, previendo la posibilidad de contraer un segundo matrimonio, cesaría la probabilidad de atribuir el hijo al marido fallecido. Es curioso este punto, porque el consentimiento va dirigido a determinar a quién se le atribuye el hijo, y con este supuesto no se le podrá atribuir al marido fallecido; pero no implica se le prohíba en un futuro, aún ya casada con otro hombre, a hacer uso de los espermias del marido fallecido, y se le pueda atribuir al nuevo marido cuando esté firme el consentimiento, en el cual se incluya el compromiso de la filiación.

Este último inciso, el d, presenta una situación interesante; pues consiste en notificar a aquéllas personas quienes tienen derechos hereditarios, mismos que pueden verse disminuidos o afectados; esto puede deberse a un ab intestato, en el cual hay una serie de personas quienes pueden heredar, y de acuerdo con el principio: "el pariente más cercano excluye al más lejano", pueden perder sus derechos; o bien, tratándose de un caso en el cual hay testamento, donde el defunctus ya dejó establecido quiénes le van a suceder. Pero en el caso de que naciera el hijo o hija dentro de los plazos legalmente establecidos y pueda ser atribuido o atribuida al mortuus, en esta situación, según nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, el hijo o hija quien no estaba previsto en el testamento tiene derecho a reclamar la inoficiosidad, lo cual traería como consecuencia la obligación de dar alimentos al hijo o hija, y los herederos establecidos en el testamento verán disminuidas sus porciones hereditarias. Debemos notar que el inciso dice claramente: se "notifique a quienes tengan derechos hereditarios"; esto no implica que se les consulte y den su consentimiento, porque sólo bastará con que se les avise. Hemos pensado en otro caso, en el cual más que desaparecer los derechos o disminuirlos se generarían obligaciones, si naciera un hijo por medio de las técnicas de reproducción asistida, y aunque no tuviera derecho a heredar (por lo apuntado en el artículo 1314 del C.C.V.D.F.), podría ocurrir que más adelante la mujer falleciera y el hijo quedara a cargo de los abuelos o de cualquier pariente, forzosamente deberán mantenerlo y hacerse cargo de él; obviamente su patrimonio disminuye a causa de ese hijo, que el defunctus no procreó en vida y no conoció; sin embargo no se podría impugnar la paternidad.

El autor Serrano Alonso propone que debe haber una adecuación de las normas sucesorias del Código Civil, a la prácticas de las técnicas de reproducción no natural; lo propuesto por este autor es lo siguiente:

“Los criterios legislativos podrían ser:

- a) En tanto no transcurra el plazo que la Ley señale para poder efectuar en la viuda una fecundación post mortem, los herederos del esposo fallecido adquieren los bienes en situación similar a la de los herederos del declarado fallecido.
- b) Transcurrido dicho plazo los herederos adquieren una condición sucesoria inatacable, de manera que si con posterioridad se efectúa una fecundación post mortem el hijo nacido carecerá de derechos sucesorios.
- c) Salvo que el esposo fallecido hubiera dispuesto en testamento otra cosa el hijo post mortem tendrá derecho a la misma porción hereditaria que los restantes herederos no mejorados, los que vendrán obligados ‘a prorrata’ a entregarle su porción correspondiente.
- d) Nacido el hijo dentro del plazo señalado por la Ley, su acción de reclamación de la porción hereditaria estará sometida al mismo plazo de ejercicio que la de los restantes herederos.
- e) Será preciso proceder a una nueva redacción de los artículos 814 y ss. Del C.C. al objeto de que en los mismos queden recogidas las innovaciones que esta nueva forma de fecundación produce en la sucesión del esposo fallecido.”<sup>29</sup>

Aunque esta propuestas van dirigidas para el Código Civil de España, pueden aplicarse a nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal. En nuestro Código sería aumentar un apartado que regule esta situación como excepción a las reglas tradicionales; y no como lo hizo la reforma. Aunque pensamos que no debe aceptarse la inseminación post mortem. Cabe señalar que sobre este tema, el de la inseminación post mortem, hay una serie de debates; en la propuesta efectuada por Serrano Alonso se dejan de lado, pues él considera que debe aceptarse. Pero es necesario examinar el beneficio o perjuicio efectuado al producto de las técnicas de reproducción asistida, pues hay quienes consideran a la viuda en la misma situación de la mujer soltera, por el papel que jugará durante toda su vida el niño, es decir, sin un padre porque éste ya falleció. Sin embargo eso no lo vamos a estudiar aquí, sino hasta llegar al apartado de la mujer soltera, en el caso de la inseminación artificial heteróloga.

<sup>29</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. SERRANO ALONSO, E. Pág. 407.

## **b) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

### **i) QUÉ ES LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.**

A la inseminación artificial heteróloga también se le llama de donador y es: "... en la que el semen empleado es de un varón que no es el esposo de la mujer..."<sup>30</sup>; o su pareja estable (concubinario).

Son muchos los problemas que circundan este tema, más de los hallados en la inseminación artificial homóloga, porque a final de cuentas puede demostrarse el vínculo biológico entre el hijo y el padre; aunque jurídicamente no sea aceptable, gracias a los avances científicos y tecnológicos en genética; pero por lo que se refiere a la inseminación artificial heteróloga, la historia es otra, como veremos en los siguientes puntos.

### **ii) DIFERENTES HIPÓTESIS QUE PUEDEN PRESENTARSE DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

#### **- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN MUJER CASADA**

Esta sería aquella en que la mujer es inseminada con el semen de un hombre distinto a su esposo.

Analizaremos este rubro dividiéndolo en dos aspectos:

- El moral; y
- El jurídico (desde el punto de vista civil).

Debemos resaltar que la inseminación artificial heteróloga es complicada.

---

<sup>30</sup> "Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina Dorlan", Op. Cit. Pág. 915

## • ASPECTO MORAL

Es necesario resaltar que en la inseminación artificial heteróloga la situación es muy complicada, precisamente porque estamos ante la procreación con intervención de un tercero, quien no es el marido de la madre.

Las primeras preguntas que formularemos son: ¿hay alguna justificación médica para efectuar la Inseminación artificial heteróloga?; ¿sería recomendable efectuar la inseminación artificial heteróloga en cualquier caso, es decir, sin justificación médica? Creemos que la inseminación artificial heteróloga se debe efectuar sólo cuando médicamente sea recomendable; es decir, cuando el médico haya dado las bases para considerar que de otra manera la pareja no podrá concebir. La autora Aurea Violeta Guzmán señala cuatro circunstancias médicamente recomendables, en las que se usará la inseminación artificial heteróloga:

- "1) Esterilidad absoluta en el hombre; no importa la razón (azoospermia)
- 2) Oligospermia, o sea, menos de diez a quince millones de esperma por cc de semen, con infertilidad de larga duración. Entendiéndose por esto, que la infertilidad debe haber estado presente en el hombre durante años.
- 3) La presencia de enfermedades hereditarias en el hombre que ponga en peligro su descendencia.
- 4) Una incompatibilidad en el factor RH, que puede resultar en un bebé anormal.

... La primera obligación del médico es asegurarse, por los medios adecuados, que el hombre es fértil y que su esterilidad es permanente. La segunda obligación quizás la más importante, es establecer la aptitud psicológica de la pareja para el gran paso que representará en sus vidas IAD. Debemos recordar, que el esposo no es el padre biológico de la criatura, por lo tanto la continua presencia de la misma en el hogar constituirá un recordatorio permanente de su infertilidad".<sup>31</sup>

Copiamos los cuatro casos que la autora Aurea Violeta Guzmán nos presenta, porque desde nuestro punto de vista, son moralmente aceptables los casos que propone.

En el supuesto de "la esterilidad absoluta", es necesario efectuar la inseminación artificial heteróloga; pero siempre observando lo que dice la

<sup>31</sup> "Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico". Núm. 1. Vol. XIV – septiembre – diciembre. Facultad de derecho de Puerto Rico. 1979. Pág. 76 y 77.

propia autora, es decir, que el varón realmente sufre de estenilidad, por lo cual no podrá procrear jamás; pero sobre todo, se requiere haya una aceptación total sobre la inseminación. Además, dicha aceptación debe ser con un convencimiento y deseo psicológico sobre la procreación del hijo. Pensamos que es el punto más importante, porque debe incluso, proponerse a la pareja, una adopción; donde si ambos la rechazan, sin titubeos y prefieren la inseminación artificial heteróloga, podrá ser un buen indicio de que la pareja querrá al producto de la inseminación artificial heteróloga; precisamente por lo que indica la autora Aurea Violeta, toda vez que ese hijo representará su imposibilidad de procrear. Consideramos que el examen psicológico que se efectúe debe abarcar, además del estado anímico sobre la aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción no natural y las consecuencias de la misma; es necesario que arroje la muestra del estado psicológico que tiene la pareja, en cuanto a la posibilidad de educar un hijo de la mejor manera; proporcionándole un hogar con cariño, estabilidad, amor, sin; maltrato, buscando siempre que sea un hogar ideal para un nuevo ser.

En cuanto al segundo punto, sólo podemos decir una cosa. Es necesario atender a los adelantos científicos – biológicos; esto debido a que posiblemente con una cantidad menor a la establecida por la autora citada, podría llevarse a cabo una inseminación artificial homóloga. Por ejemplo, ahora podemos encontrar una inseminación artificial por medio de inyección, es decir, se inyecta de manera directa a los óvulos de la mujer, lo que permite que con cantidades menores de espermatozoides (a las naturalmente requeridas) pueda lograrse fertilizar a la mujer.

La tercera hipótesis resulta igualmente aceptable, precisamente porque son enfermedades, se pretende que no se propaguen, tal como ocurriría con la sífilis; por ello es interesante que se proponga el uso de la inseminación artificial heteróloga, para que no sea transmitida de manera hereditaria. Sin embargo hay una cuestión que surge a raíz de esta propuesta, ¿sería válido que por cualquier enfermedad que sea transmisible genética o hereditariamente, se haga uso de la inseminación artificial heteróloga?; y otra, ¿podría el hombre aceptarlo fácilmente?. Ambas preguntas van de la mano, pues debemos observar la enfermedad y la disposición del marido para aceptar la situación; por ejemplo, en el caso de la sífilis, no es difícil pensar que el marido acepte la situación, porque generalmente los padres buscan que los hijos tengan una mejor vida, y que los hijos sufran menos que ellos. Pero tratándose de cáncer, ¿resulta igual?; o en el caso de la diabetes. Lo cuestionamos porque generalmente estas enfermedades atacan en la edad adulta o adulta avanzada y no desde que es un bebé, aunque hay excepciones y lamentable encontramos cáncer en niños y también diabetes juvenil. En esos casos aceptaría la pareja, ¿que si el abuelo murió de cáncer

y el papá puede sufrir más adelante de la misma enfermedad y morir de ello, por esta razón se abstendría de tener hijos? No lo pensamos así, sólo que haya tenido una vivencia tan terrible, que el marido realmente tema a esa enfermedad. Además, la ciencia avanza tanto y tan rápido que nuevamente nos vuelve a maravillar, ahora con el desciframiento del "Genoma Humano", al que se le ha llamado también "Mapa genético"; pues no hay que ignorar que en los genes tenemos la memoria hereditaria y el lograr codificar el mapa genético permite, en un futuro, poder eliminar las enfermedades hereditarias. Dicen los científicos que una de las razones para efectuar estas investigaciones, es debido a que se pueden eliminar enfermedades hereditarias: "permitiría enfrentar padecimientos tan letales como el cáncer o como el sida, coincidieron en señalar los científicos de todo el mundo."<sup>32</sup> Entonces si se pudiera tener acceso a estos descubrimientos, no tendría que recurrirse a la inseminación artificial heteróloga, pues la justificación quedaría eliminada, porque aislando la enfermedad y eliminándola del mapa genético del hijo, no peligraría su existencia. Ni aún con la enfermedad que estremeció a la humanidad en las últimas décadas del siglo XX y el presente, el SIDA. El problema es que este descubrimiento no está al alcance de todos; y ahora lo que preocupa es que no sea susceptible todas las personas y las posibles discriminaciones que surjan a raíz de este descubrimiento.

Por lo que se refiere al punto cuatro, es aceptable el uso de la inseminación artificial; sólo si, como hemos mencionado, los exámenes psicológicos determinan la disposición y el deseo de tener un hijo; aún cuando éste sea hijo de otra persona, a sabiendas que él puede tener prole, y su problema es que su descendencia puede resultar con mal formaciones o defectos en la salud, que incluso no le permita tener una vida normal.

Entonces como se puede observar las dos primeras hipótesis muestran que el hombre es estéril; por eso se recurre a la inseminación artificial heteróloga, para no negarles la posibilidad de ser padres, pensando en que por este medio pueden darle cariño a un ser humano; y en las últimas, la situación es distinta pues no hay esterilidad, sino que se toma la opción de la inseminación artificial heteróloga (pensando en el bienestar del hijo que se va a tener y cuidándolo de graves enfermedades). Son dos posiciones distintas, y resulta difícil pensar que en el segundo caso los padres lo hagan, absteniéndose de ser varón de la pareja escogida de ser el procreador del hijo. En ambos casos proponemos la consideración de la adopción; claramente sabemos que esta propuesta será cuestionada pensando en el hecho que se le sacrificaría a la mujer, al no darle la oportunidad de conocer

---

<sup>32</sup> EXCELSIOR. P. RUIZ, A. MAYORGA, V. Michel, REYES, J.G. y agencias. Miércoles 28 de Junio de 2000. Pág. 21 - A.

y sentir, en sí misma la maternidad. En parte lo tomamos como cierto, sin embargo entran varias consideraciones. Primero, la pareja se ama, y ambos están de acuerdo en procrear; aún cuando uno de ellos no pueda, en este caso el varón. Pero si ambos desean permanecer juntos y lograr allegarse de un hijo, haciendo uso de las técnicas de reproducción no natural, pueden hacerlo libremente. Sin embargo, si él se opusiera y ella deseara tener un hijo, no tiene porque permanecer con él, pues puede recurrir al divorcio (de acuerdo con el artículo 267 frac. VI del Código Civil vigente para el Distrito Federal), e incluso pudiera hechar mano de esta herramienta jurídica si no quisiera adoptar el marido, pues tiene derecho a procrear y disfrutar de la maternidad; nosotros pensamos que si éste es el pensar de la mujer es mejor divorciarse; para nosotros la esencia de poder hacer uso de las técnicas de reproducción asistida o de la adopción, es darle un hogar agradable, libre de frustraciones y con un ambiente cariñoso al hijo. Por ello se requiere de un total convencimiento sobre el paso que se pretende dar, y el deseo del mismo para evitar futuros conflictos o desavenencias familiares.

Por último comentaremos un tema que nos parece de gran trascendencia. Hemos comentado los casos médicamente recomendados para efectuar la inseminación artificial heteróloga; pero creemos que esas deben ser la base de partida para efectuarla, es decir, aquello que impulse a los padres a efectuarlo, deberán ser esas situaciones. ¿Por qué señalamos esto?. La razón es que los tratadistas católicos han hablado de la eutelegenesia; aunque la lo consideramos igual a la inseminación artificial, precisamente porque la eutelegenesia, como dice el autor Enrique Díaz de Guijarro pretende mejorar la raza, pues: "eu implica algo bello o perfecto"<sup>33</sup>. Cabe señalar que la postura de la iglesia ante la inseminación artificial homóloga, desde nuestro punto de vista, es totalmente radical; porque no puede permitirse, pues considera que no se efectúa de manera natural. Y la inseminación artificial heteróloga tampoco puede permitirse, porque equivale al adulterio. Sin embargo, pretendemos resaltar que muchas personas buscan efectuar la inseminación artificial heteróloga para "mejorar la raza". Los adelantos científicos han permitido escoger el sexo de los hijos, el color de ojos, cabello y piel. Entonces, lo que hacen las parejas es elegir a una persona con ciertas características físicas, que les permita tener un hijo con ojos de color azul, verde o gris, y el cabello rubio o pelirrojo y tez blanca; aunque no exista parecido con ellos. Este es un punto interesante para reflexionar. Nosotros creemos que las únicas razones por las cuales se debe permitir la inseminación artificial heteróloga, son las ya estudiadas, pues los casos de vanidad como la eutelegenesia no son admisibles; incluso lo

---

<sup>33</sup> "Revista del Ministerio de Justicia". No. 48. Publicación Trimestral. República de Venezuela Ministerio de Justicia. Venezuela. Año XIII Enero - Febrero - Marzo de 1964.

recomendable para aquellos que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida, es que la persona quien transmite los espermatozoides sea parecido a los padres, es decir que las características físicas sean semejantes a la pareja, con la finalidad de anular la posibilidad de una falta de identidad entre los padres y el hijo; todo ello pensando en el futuro del hijo, pues cuando llegue a la adolescencia, la cual es una etapa muy difícil en los seres humanos, el hijo al ver que no se parece a los padres pueden pensar que realmente no lo son; o incluso siendo una etapa tan confusa para el ser humano, puede avergonzarse de sus padres, pues habrá una falta de identidad con ellos.

Lo primero que haremos, es ver el lugar ocupado por esta situación frente al código civil vigente del Distrito Federal:

Observaremos la filiación del hijo por la inseminación artificial heteróloga:

En primer lugar tenemos la presunción del artículo 324 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; entonces, si el hijo nace dentro de matrimonio, es decir desde la celebración del mismo o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, sea por nulidad del contrato, muerte del marido o de divorcio, se considera que el hijo es del esposo de la madre, y no habría más dificultad. Aún si el esposo iniciara un juicio de desconocimiento de la paternidad, pues el propio artículo 326 prevé esa posibilidad; determinando que el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, concebidos por su cónyuge mediante las técnicas de reproducción no natural, si antes hubo consentimiento expreso en el uso de los métodos; sin importar que el padre biológico sea otro. Lo importante es que medie consentimiento del cónyuge.

De tal manera, no podría alegar el cónyuge varón que sufre de impotencia, o que le fue imposible tener acceso carnal con la mujer; porque si hubo consentimiento se le atribuye el hijo nacido dentro de matrimonio. Y no procedería, un juicio de impugnación de la paternidad, ni podría el marido acusar a la esposa de adulterio.

En torno al consentimiento pueden crearse dos situaciones: uno donde otorgue el marido y otra donde no. En el caso en el cual otorgó su consentimiento informado, el problema emergido es que se da para lograr se practique la inseminación con conocimiento de lo que puede suceder, es decir, saber cuales los beneficios y peligros habidos. Además se da la "libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento" (art. 21 frac. VII de la RLGSMIS). Entonces existe la

posibilidad de retirarse en cualquier momento, de aquí surge un problema muy grave, pues gracias al consentimiento se crea la filiación, es decir, el parentesco; porque es de los previstos en nuestro derecho. Del consentimiento se desprende que el padre biológico es uno totalmente distinto al marido, en nuestro derecho ya no es importante distinguir al padre biológico cuando hay consentimiento expreso, pues se le atribuye la paternidad a quien consiente expresamente.

En la adopción puede notarse la misma situación, pues se desvincula al padre biológico del hijo, pasando a segundo plano el primero, creando una relación directa con el padre adoptivo.

Bajo estos dos puntos, debemos distinguir en el consentimiento al padre biológico del jurídico (como muchos autores lo han hecho); analicemos entonces lo que ocurre tratándose de la inseminación artificial heteróloga, donde existen dos posibles padres.

El autor Rivero Hernández considera que tenemos las siguientes situaciones:

"1) bien estamos ante un concepto distinto de la filiación de paternidad y de maternidad; 2) bien —mientras no elaboramos nuevos conceptos y categoría jurídico social—, parece... que estamos ante dos cosas diferentes y concurrentes: de lado, un padre/madre (jurídico y social), y de otro, una persona que sin ser padre/madre es el transmisor de una herencia genética extraordinariamente importante a veces por sus consecuencias y para la personalidad del que seguiremos llamando 'hijo'".<sup>34</sup>

El autor Montes Penades considera dos tipos de verdades: "la biológica y la jurídica"<sup>35</sup>. Es así como encontramos a dos padres, uno será el que jurídicamente se genera; y el otro, el biológico, quien aporta la herencia genética. En nuestro derecho nos habíamos guiado principalmente por lo biológico y luego por lo jurídico; aunque en la adopción plena se rompía con el lazo biológico. Lo que se ha propuesto es la posibilidad de predominar el lazo jurídico entre el padre y el producto de las técnicas de reproducción no natural, dependiendo del consentimiento en el cual aparecerá el hacerse cargo de la paternidad desde que la mujer se somete al tratamiento. Así encontramos dos tipos de verdades: la jurídica, la cual se desprenderá del consentimiento y apuntará como padre al esposo de la madre; y la biológica,

<sup>34</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. RIVERO HERNÁNDEZ, F. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial". Pág. 158.

<sup>35</sup> Ibid. MONTES PENADES, V. L. "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana". Pág. 201

la cual señalará como padre al donador del semen. ¿Y cual debe predominar? Los autores toman una serie de argumentos para determinarlo, entre ellos está: "... El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido..."<sup>36</sup>. Entonces se le da mayor importancia al padre jurídico que al biológico, precisamente porque busca ser padre y hace lo posible para poder tener un hijo. Rivero Hernández se percata de esta situación: "Podría parecer a primera vista que sobrevaloró el elemento voluntarista frente al dato genético o biológico que tanto peso tiene en materia de filiación. Más no creo que haya tal sobre- estimación del consentimiento en este caso, pues conocido es que tiene ya, y al margen de las situaciones que estudio, una gran importancia en nuestro actual ordenamiento sobre filiación... Si se considera padre al reconocedor de un hijo que sabe con seguridad que no es obra suya, o al marido que no quiere impugnar la paternidad del hijo a el legalmente atribuido no obstante, estar seguro de su imposible procreación ¿cómo dar menos importancia al acto de voluntad (que es asunción de paternidad) del varón que decide que nazca un hijo consintiendo la IAD de su esposa con semen de tercero?"<sup>37</sup>

Nosotros pensamos que el consentimiento del marido debe tener un gran valor, precisamente por las razones expuestas por Rivero Hernández, porque es él quien otorga su voluntad con la finalidad de traer al mundo un hijo; a sabiendas de que no hay la menor posibilidad de que el hijo sea suyo (biológicamente), lo acepta y quiere como si lo fuera. Por ello otorga su consentimiento. Pero al elemento de la voluntad, el autor Rivero Hernández agrega otro: los "... elementos y principios que desplazan al biológico, como son la voluntad y la responsabilidad. El principio de responsabilidad, más que el dato genético, está presente en todos aquellos casos en los que se impone judicialmente la paternidad al varón que mantuvo con la madre relaciones sexuales de que ha nacido el hijo: no se le hace padre tanto por llevar los mismos genes, sin más, cuanto para que asuma las obligaciones derivadas de unos actos que han dado lugar a ese nacimiento, precisamente porque la relación sexual habida es medio apto y suficiente para la procreación, de la que ha sido causa eficiente..."<sup>38</sup>

Los dos elementos que manifiesta este autor son totalmente relevantes, pues por medio de la voluntad puede determinarse el interés por tener un hijo; pero la responsabilidad es un elemento de suma importancia, porque

<sup>36</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. RIVERO HERNÁNDEZ, F. Pág. 158.

<sup>37</sup> IBIDEM. Las siglas que aparecen en la cita de IAD significan: Inseminación artificial de donador, que es como también se le denomina a la inseminación artificial heteróloga.

<sup>38</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. RIVERO HERNÁNDEZ, F. Pág. 159.

por ésta puede entenderse el compromiso que guarda el padre jurídico con el hijo y no así el biológico; la sabiduría popular apunta: "padre es el que cría y no el que procrea". Es muy importante porque el padre jurídico resulta un apoyo para el hijo; no sólo en la aportación material, es decir, no sólo para la manutención, sino por el encargarse de su educación, amarlo, cuidarlo, jugar el importante papel de padre, pues no basta con que lo engendre; no debe considerarse padre sólo aquella persona quien logra fertilizar a la mujer, porque el concepto de padre es más complicado. Rivero Hernández determina: "... la participación del progenitor fue consciente, deliberada y activa - no obstante lo cual, no será padre jurídico o legal-, ¿cómo habría de triunfar aquí, en la determinación de la paternidad, la sola aportación genética del mero donante de gameto, que ni busca ni desea hijo ni su participación es *per se* y sólo apta ni suficiente para el nacimiento, frente a quien decide que nazca el hijo, aceptando incluso aquella extraña aportación genética?"<sup>39</sup>.

Bien dice el autor citado, que aún cuando la persona quien da los espermatozoides sabe y está consciente de que su transmisión servirá para procrear un nuevo ser, el mal llamado donador no pretende ser padre, no es algo deseado por él; entonces ¿por qué considerarlo como padre del hijo, y no aquél quien está dispuesto a hacerse cargo del hijo?. ¿Entonces de qué sirve atribuir la paternidad a quien no lo desea?, ¿por qué cedérsela desde el principio a un hombre distinto al marido?. Es adecuado atribuir al consentimiento la importancia suprema, en estos casos, con la finalidad de dar un padre cierto y determinado, como hijo de matrimonio que es.

Rivera Hernández llega a la siguiente conclusión: "... Sería útil... frente a la filiación por naturaleza, un especie de filiación civil, formal, no biológica o genética, para los supuestos de fecundación asistida... al modo de la filiación adoptiva, también meramente civil, sin perjuicio de que funcionalmente constituyan paternidad y maternidad jurídica (con todos los efectos y responsabilidades correspondientes) las de quienes son considerados como tales sin ser progenitores."<sup>40</sup>

Es importante la posición hecha por Rivero Hernández; pues permitiría que el hijo, aún naciendo por este medio no quede sin padre, porque como lo observamos, si el padre legal quisiera impugnar la paternidad, el hijo queda sin padre; pues obviamente el mal llamado donador no va a reconocerlo, ya que posiblemente ni si quiera sepa de la existencia del hijo, toda vez que donó los espermias y sólo el banco de espermias sabrá cual es el dado; pero

<sup>39</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. RIVERO HERNÁNDEZ, F. Pág. 159.

<sup>40</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. RIVERO HERNÁNDEZ, F. Pág. 170.

además la reforma deberá marcar lo siguiente "... sólo algún tipo de rectificación en los textos legales hoy vigentes podrá permitir que la inseminación a través de un donante anónimo no conlleve la posibilidad del desconocimiento o de la impugnación de la filiación por parte del marido o consorte de la mujer fecundada y sobre su base ya de una hipotética prueba de la generación así producida, ya de la imposibilidad de procrear por la parte impugnante".<sup>41</sup> Como puede observarse el consentimiento no sólo se caracterizará por ser un medio para atribuir la paternidad; sino impedirá que después el marido pueda retractarse alegando que no puede tener hijos, de tal manera que no podrá desligarse de la obligación contraída, como resulta con la paternidad biológica.

Estas proposiciones se ven acogidas en la Ley Española de Reproducción Asistida de 1998: "La ley de 1998 de reproducción asistida hace de los consentimientos necesarios el eje fundamental para la determinación legal de la paternidad. Valora sobre todo la decisión libre de la pareja mediante la cual se da vida al hijo, aunque sea contribución de donante o donantes. Estos consentimientos son por demás irrevocables una vez llevada a cabo la técnica en cuestión, pues nadie puede ir contra sus propios actos con abuso de derecho y perjuicio para tercero, tal y como expresa constantemente la Jurisprudencia."<sup>42</sup> Entonces por el consentimiento se determinará que la paternidad corresponde al esposo de la mujer, prohibiéndose el poder desconocer la filiación una vez dado el consentimiento.

En México, a partir del 25 de mayo del 2000, lo estudiado fue tomado en nuestro derecho; así encontramos que el consentimiento expreso toma un papel muy importante, pues una vez habiéndolo se le atribuye la paternidad a quien lo otorga, tal como lo establece el artículo 293 segundo párrafo del C.C.V.D.F.: "También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan". Pero además de crear parentesco entre quienes consienten el uso de las técnicas de reproducción asistida y el hijo producto de la aplicación, el Código Civil vigente prevé que sea imposible impugnar la paternidad, para aquellos quienes han otorgado su consentimiento expreso (art. 326, segundo párrafo del C.C.V.D.F.). Ahora, si se tratare de un tercero a quien perjudica la filiación, tampoco podría impugnar, "... si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge" (art. 329 del C.C.V.D.F.).

---

<sup>41</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. MONTES PENADES, V. L. Pág. 202.

<sup>42</sup> OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. "La filiación en España" (Jurisprudencia y Doctrina)". Ed. Comares. Granada, España. 1993. Pág. 395.

Llegando a este punto, es necesario entonces observar “el consentimiento”, pues este será el principio rector para determinar la paternidad. Cabe agregar que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, abre la posibilidad en la cual el marido no otorgue su consentimiento para efectuar la inseminación artificial heteróloga, y puede continuarse con el procedimiento para lograr en la mujer un embarazo. En este caso no sería muy adecuado atribuir la paternidad al hombre, porque además de no ser semen de él, estaríamos ante un acto en el cual él no participa, no otorga su consentimiento; y sin embargo las consecuencias jurídicas creadas por voluntad de una sola persona le afecta directamente, pues como ya vimos son tres derechos elementales los generados para el hijo: “poder llevar el apellido paterno de cada uno de sus progenitores; el recibir alimentos; y participar en la sucesión de los padres”. Entonces, ahora en el caso del hijo el rechazo puede ser terrible, no podría entender, por qué a quien llama padre no lo quiere, y por qué le dice que “no es su padre”.

Así que tomando en consideración estos puntos, los legisladores en la reforma del 25 de mayo del 2000, determinan como regla principal “el consentimiento expreso”; es decir, para que se le atribuya la paternidad a alguien, es necesario otorgue su consentimiento de manera expresa; esto equivale a decir que si el marido no dio su consentimiento expreso, pero no se opuso, no quiere decir que consintió de manera tácita, porque este tipo de reconocimiento no se acepta para atribuir la paternidad. De tal manera que para lograr haya la atribución de la paternidad, se requiere el “consentimiento expreso” del marido; de no haberlo, las consecuencias serían que el marido pueda impugnar la paternidad del nuevo ser traído al mundo por medio de las técnicas de reproducción no natural; por lo tanto no se generará parentesco con el producto de las técnicas de reproducción asistida, y el marido podrá solicitar el divorcio con base en el artículo 267 fracción XX del Código Civil vigente para el Distrito Federal (por haber hecho la esposa, uso de las técnicas de reproducción asistida sin consentimiento de él).

Los autores han previsto dos consentimientos, el del mal llamado donador (el cual analizaremos en el capítulo tercero del presente trabajo) y el del cónyuge.

Debemos mencionar que en el reglamento de la Ley General de Salud en Materia de investigación para la Salud, no aparece contemplado el consentimiento del dador; puede conseguirse de un banco de semen y no saber de quien proviene; sin embargo, es importante este consentimiento, pues los autores le establecen una serie de requisitos que son esenciales

para determinar la paternidad sobre el hijo. Así prevén: "... la renuncia a todo derecho paterno sobre las criaturas que pueden nacer; en general, la incondicionalidad absoluta de la entrega: el semen queda a la exclusiva disposición del adquirente, sin que el varón de que procede tenga posibilidad de configurar el destino de su semen".<sup>43</sup> La primera renuncia va dirigida a la paternidad; sin embargo nosotros no creemos necesario establecer esto en el consentimiento del mal llamado donador; sino que resulta más apropiado sea por disposición del Código Civil vigente para el Distrito Federal; de lo contrario, cuando faltase en el consentimiento del donador la expresión de renuncia a todo derecho paterno, significaría la asunción de la paternidad, al considerársele padre biológico. Entonces resulta mejor que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, determine la paternidad atribuyéndosela al marido de la madre, y excluyendo en todo momento al donador. Por lo que se refiere a la segunda parte, ese consentimiento va dirigido principalmente, al pacto hecho entre el donador y la institución a la que dé el semen.

El consentimiento del marido es muy importante, porque el Código Civil atribuirá la paternidad al marido cuando medie el consentimiento, mismo en el cual se señalará que asume la paternidad del hijo. El autor Ocaña Rodríguez señala: "El consentimiento del marido debe ser consciente, libre y formal..."<sup>44</sup>. Son tres elementos importantes para ser válido, pues implica que la persona sepa las consecuencias jurídicas generadas al aceptar y no haya error en cuanto a ellas o de lo pretendido; evitando también que no medie violencia física o moral para darse la aceptación; y por último, es necesario quede plasmado el consentimiento en un escrito para poder fácilmente demostrarlo.

Debemos hacer dos apuntes muy importantes; comentaremos sobre los dos consentimientos de los que hablamos el del mal llamado donador y el marido. El Código Civil vigente para el Distrito Federal no hace la distinción, pensamos que los consentimientos deben ser distintos, pues el del marido (como dijimos) servirá para aceptar al hijo como propio; pero en el caso del mal llamado donador, su consentimiento será en dos sentidos, para renunciar a la paternidad del hijo que nazca, y para que se haga uso de los espermias dados. Estamos convencidos que esta distinción es de gran trascendencia, precisamente porque el Código Civil vigente para el Distrito Federal no la hace, creando así una gran confusión; porque al mal llamado donador es también padre del hijo nacido por medio de las técnicas de reproducción no natural, pues el Código Civil vigente en el artículo 293 párrafo 2º apunta: "También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo

<sup>43</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. DELGADO ECHEVERRÍA, J. Pág. 225.

<sup>44</sup> OCAÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO. Op. Cit. Pág. 387.

producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan". Es lógico que el mal llamado donador dé su consentimiento para que puedan usarse sus espermatozoides, entonces pensamos que hay consentimiento. Esto entonces querrá decir que hay dos padres, quien transmite, y el marido de la mujer quien otorga su consentimiento para lograr la inseminación en ella, pues ambos consienten. Es un grave problema porque no se hizo la distinción entre estos dos consentimientos, pensamos que debe hacerse, y en el caso del mal llamado donador su consentimiento debe ir siempre, en los dos sentidos ya mencionados. Por lo que se refiere a los tres elementos hechos referencia al citar al autor Ocaña Rodríguez, pensamos que los elementos marcados por el autor citado son importantes; pero si fueran un requisito esencial, posiblemente sería peligroso, veamos. "Dar el consentimiento de manera consiente"; es un elemento subjetivo el cual difícilmente podría probarse. El siguiente elemento es: "el consentimiento debe darse de manera libre". Creemos que el hombre cuando no pueda tener hijos sentirá un poco de culpabilidad, sobre todo cuando su cónyuge no haya podido quedar embarazada a causa de él; pensará que si ella estuviera con otro, ya hubiera podido ser madre. Entonces encontramos que hay una presión moral en él, por no poder engendrar. Así pues, siempre habrá un peso moral que influya para que el marido otorgue su consentimiento, e incluso por algún reclamo por parte de la mujer acusándolo por no poder engendrar. El último elemento es acogido por la legislación mexicana, ya el RLGSMS hablaba de: "... acuerdo por escrito..."; y ahora aparece en la reforma del 25 de mayo del 2000, en donde se incluye en nuestra legislación, que debe ser un consentimiento expreso.

En caso de que no exista consentimiento expreso por parte del marido, se considerará que el hijo es de quien haya dado su consentimiento, en este caso la esposa; pero aunque se insemina con espermatozoides de otro hombre y tiene un hijo de otro, no significa que cometió adulterio. De aquí nos surge una pregunta: ¿qué ocurriría si ni el hombre y la mujer dieran su consentimiento para la inseminación?. Sería una cosa terrible, primero porque se atropellaría un principio establecido en la constitución, el de "decidir de manera libre el número de hijos". Pero en el ámbito civil se genera otro problema, pues estaría huérfana la criatura que naciera, ya que el artículo 293, 2º párrafo del C.C.V.D.F. es muy claro al determinar: "También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan". Entonces, entendiéndolo en contrario sensu, sería que "no habrá parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y quienes no la consientan". Como ya hemos comentado, el parentesco con la madre ya no se da porque se desprenda el producto de las técnicas de reproducción no natural de ella; sino por la voluntad, la cual puede darse por reconocimiento al hijo o por

haber dado su consentimiento para el empleo de las técnicas de reproducción asistida. De tal forma que si ella no consintió y el varón tampoco, entonces el hijo no tiene padres. Aunque posiblemente tenga un padre, el mal llamado donador, pues como hemos analizado el también consiente en que se haga uso de sus espermatozoides para lograr la fertilización; pero ese consentimiento no implica una renuncia y aplicando el artículo 293, 2º párrafo del C.C.V.D.F, es un posible padre porque consintió. Además de los problemas penales que se generan para los médicos, si es en contra de la voluntad de la persona.

Por último comentaremos una situación que ha preocupado a los autores, el anonimato del donante. Ha sido punto medular para los autores determinar si será adecuado que el donador se mantenga en anonimato o se conozca su personalidad; muchos consideran se debe prohibir conocer la identidad del donador. Hay una serie de argumentos dados: "... El primero... apela... al interés de los que deciden el nacimiento del niño y que serán sus padres jurídicos: no conviene... que haya ninguna interferencia afectiva de otra persona, ni que el niño pueda conocer su origen biológico para que no haya desviación afectiva ni influencia sobre él del donante. Para ello, y para la tranquilidad de los padres jurídicos... lo mejor es imposibilitar el que se pueda conocer la identidad de quien pudiera proyectar su sombra sobre esa familia y relación estable(más sobre los padres que sobre el hijo)."<sup>45</sup> Pero también encontramos puntos favorables para que se conozca la identidad del donante, y entre ellos están: un "... derecho a la búsqueda de la persona responsable de aquella herencia genética (que no se satisface con el conocimiento de meros datos biogénéticos del donante en utilidad de la salud), ese derecho a la investigación de la relación puramente biológica... la dignidad de la persona y al derecho al libre desarrollo de la personalidad —en la que sin duda incide en forma muy importante no sólo el origen genético cuanto su conocimiento —, creo que no puede negarse a nadie el saber a quién debe su talla baja, o ser mulato oscuro o rubio, su carácter introvertido o su predisposición para la demencia senil (cuya herencia biológica se ha localizado en el cromosoma 21, como la de la depresión en el cromosoma 11 de los núcleos de las células humanas), su aptitud para la música o su ineptitud para las ciencias abstractas...".<sup>46</sup>

Notamos que los dos argumentos poseen gran peso, porque en el caso de aquellos quienes se oponen a conocer la identidad del mal llamado donante marcan una cosa muy cierta, como lo es el poder dividir a la familia, causarles inquietud. Pensemos en el caso de cuando el hijo llega a la

<sup>45</sup> II CONGRESO VASCO. Op. Cit. RIVERO HERNÁNDEZ, F. Pág. 164.

<sup>46</sup> IBIDEM.

adolescencia, como lo hemos comentado, es una etapa donde la relación padre – hijo se complica; pues el hijo considera que los padres no lo comprenden, no lo quieren, lo rechazan, que son ingenuos, ignorantes y sumamente imperfectos; entonces bajo el manto de la incomprensión, marchan en busca de aquello, piensan que en su casa no hay. Esto podría orillarlos a buscar a su padre biológico, con la esperanza de que él sí los comprenda, los querrá y les dará todo aquello de lo cual sienten carecen.

Esta situación no es nueva, es la misma interrogante a la cual se debió dar respuesta en las legislaciones, tratándose de la adopción. Muchos autores se preguntan si es bueno o no que los hijos conozcan a los padres biológicos, o si tratándose del uso de las técnicas de reproducción asistida no sería correcto conocerlos; pero en el caso de la adopción, el artículo 410 – C indica: “El Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial:

I Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y

II Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes.”

En el primer capítulo cuando comentamos sobre la adopción, criticamos un poco estas fracciones; precisamente, porque el sentido de la primera fracción es razonable que esté asentada, pues es necesario saber quienes son los padres biológicos para evitar incestos, y sobre todo que los hijos engendrados no sufran malformaciones o algún tipo de retraso mental. Pero tratándose de la segunda, no resulta muy entendible su razón de ser, pues sólo se hace por deseo del adoptado, este es el punto criticable; porque como mencionamos, en la adolescencia los jóvenes tienen graves problemas con los padres, buscan quienes los comprenda y muchas veces piensan que se identificarán de maravilla con sus padres biológicos. Puede cumplir la mayoría de edad, y no por ello dejar de buscar a sus padres biológicos; esto puede generar a la paz familiar división, y crear una inestabilidad en ella. Si no se pudiera saber quien es el padre biológico, porque hubo impedimento expreso, podría ocurrir que el hijo viviría con la duda; pero comprendiendo que no hay posibilidades de saberlo, deberá resignarse y meditar en aquéllos quienes lo han educado y le han proporcionado valores, bienestar, estabilidad, que valen mucho y por ello debe agradecerlo, porque “padres no son los que traen al mundo, sino quienes cría”; o bien vivir con rechazo, odio y amargura, aún para con aquellos quienes se han ocupado de él.

Hay dos caminos, no sabemos cuál puede tomar, pero creemos que lo adecuado es que no se conozca la identidad de los padres biológicos; precisamente para evitar la división de la familia, la inestabilidad y el morbo de la persona que lo incite a buscar más a quién fue su padre biológico. Puede pensarse, ¿si se comete incesto o los datos genéticos, qué ocurre con todo ello?

Hemos comentado que no se sepa la identidad del padre biológico, pero no del todo. Esto, que deberá permitirle conocer los datos genéticos, pues es muy importante conocer toda esa información; pero para ello pensamos, es necesario se haga desde que se efectúa la extracción de los espermias al donador; debe conocerse toda esa información: las enfermedades, los retrasos, todo lo que genéticamente pueda ser hereditario. Y esa información se dará a las personas inseminadas con el espermia de ese individuo. Tal como lo marca el autor Rivera Hernández: el "... conocimiento de datos genotípicos e incluso fenotípicos del donante; datos que son recogidos, junto con la investigación sobre la salud y/o enfermedades transmisibles de todo donante en la etapa previa o preparatoria de la IAD, archivados en el Centro Médico correspondiente".<sup>47</sup>

El único problema observado respecto a conservar en secreto la identidad del donante, es que se pueda cometer incesto; pues de una sola persona se puede fertilizar a varias; entonces podría traer como consecuencia que el producto de cada inseminación contraiga matrimonio con algún medio hermano, precisamente por desconocer su origen. Esta sería la única razón por la que se podría romper con el anonimato del donante, para evitar un incesto.

## - LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CONCUBINA.

Antes de comenzar a tratar el tema, debemos recordar lo que es concubinato. El maestro Rafael de Pina determina: es la "Unión de un hombre y una mujer, no ligados por vínculo matrimonial a ninguna otra persona, realizada voluntariamente, sin formalización legal, para cumplir con los fines atribuidos al matrimonio en la sociedad".<sup>48</sup> Era necesario hacer la anotación, para saber cuál es el plano bajo el cual se desarrollarán las

<sup>47</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. RIVERA HERNÁNDEZ F. Pág. 165.

<sup>48</sup> DE PINA Rafael. "Diccionario de derecho". Ed. Porrúa, S.A. 1ª edición. México. 1965. Pág. 69.

apreciaciones del presente trabajo. Por ello veremos nuevamente dos enfoques: el moral y el jurídico.

Esta vez observaremos primero el jurídico, con la finalidad de tener conocimiento de éste y podremos evaluar moralmente lo conveniente para el producto de las técnicas de reproducción no natural.

#### • PUNTO DE VISTA JURÍDICO

La primera pregunta que surge es: ¿está legalmente permitido efectuar la inseminación artificial heteróloga en la concubina?. Para contestar la pregunta debemos recordar lo indicado por el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación de la Salud (RLGSMIS); el artículo indica que puede realizarse la inseminación artificial, otorgándose el consentimiento informado tanto de "la mujer y de su cónyuge o concubinario...". Entonces, esto implica que legalmente se prevé la inseminación artificial, tanto homóloga como heteróloga, en la concubina. Pero además requiere un elemento, el cual ya hemos estudiado y es esencial, el consentimiento. El consentimiento dado por la mujer y su concubinario, será importante para una posible atribución de la paternidad.

Ahora veamos la regulación que hay en el Código Civil para el Distrito Federal sobre la filiación generada con la inseminación artificial heteróloga. A pesar de las reformas del 25 de mayo del 2000, en las cuales se pretendió dar el mismo trato a los hijos, y por las circunstancias que los rodean no puede darse así. La filiación de los hijos de concubinarios, aparece en el artículo 383 del C.C.V.D.F, donde se determina quiénes tiene ese carácter; este artículo es muy parecido al 324 del C.C.V.D.F. Sin embargo, como ya estudiamos, se notó que no se prevé la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a parejas de hecho, como lo son quienes viven en concubinato. Así pues, aunque se prevé el RLGSMIS el consentimiento, no se le da la atribución de generar la filiación, cuando medie éste. Resulta un problema interesante, pues el hecho de no preverlo para esta uniones, aunque les está permitido efectuar la inseminación artificial y la fecundación, el consentimiento no reviste la misma importancia que tratándose de cónyuges; porque en el caso de los cónyuges, puede decirse que habiendo consentimiento hay filiación, pues de acuerdo con el Código Civil, encontramos, a partir de la reforma, otra fuente de la filiación, la voluntad; no así entre los concubinarios, pues no se prevé un consentimiento, este servirá como prueba de filiación. Posiblemente hay quien crea que no es importante que dentro del apartado se regule la filiación de los hijos de concubinarios, pues por analogía se le aplica lo establecido para los hijos de cónyuges; y

posiblemente sea lógico este pensar, pues la ley suprema de la nación (la constitución), sólo prohíbe la analogía en materia penal (art. 14, párrafo tercero). Y podría ser cierto, sin embargo el problema se genera al leer el párrafo cuarto de la constitución, el cual se reproduce en el artículo 19 del Código Civil vigente para el Distrito Federal indicando: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho." Entonces la propia constitución establece el orden, y señala claramente que se estará a la letra de la propia ley. Pero podría decirse: ¡bueno el espíritu del legislador fue otro y pretendiendo dar igualdad a los distintos tipos de hijos no hizo distinción!. El problema que nosotros vemos es que sí hizo distinción, pues el Código Civil vigente habla de cónyuges y legalmente los concubenarios no tienen ese carácter. Bueno, pero podría pensarse, "el legislador no distingue en el artículo 293 párrafo segundo del C.C.V.D.F., habla de consentimientos en general", eso es muy cierto, el conflicto está en los seguros de protección que le establece al consentimiento de los cónyuges (como el hecho de que una vez otorgado no podrá impugnar la paternidad), los cuales no se le dan a los concubenarios. También podría creerse que no había necesidad de hacer esa distinción, porque en el RLGSMIS, se acepta la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, tanto a cónyuges como a concubenarios; es verdad, sin embargo por momentos dudamos si el legislador conocía de manera total lo apuntado en el RLGSMIS; y titubeamos, porque los conceptos del reglamento citado son más acertados que los del Código Civil vigente para el Distrito Federal, y porque es más completo que la ley. El Código Civil ignora cosas de suma trascendencia, como lo apreciaremos en el presente trabajo.

En este caso estamos comentando una forma de reproducción asistida muy especial, porque se efectúa con participación de un tercero, donde no se trata del semen del concubinario. El problema lo vemos en el consentimiento, pues no reviste la importancia que tiene tratándose de cónyuges; entonces, en este supuesto debe haber reconocimiento voluntario sobre el hijo por parte del padre o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Primero pensaremos en un supuesto en el cual haya consentimiento, donde una vez nacido naciendo el hijo no lo quiere reconocer quien dio el consentimiento. Posiblemente el legislador no previó el uso de las técnicas de reproducción asistida en el concubinato, porque pretendía que no se hiciera en este tipo de parejas; sin embargo, significaría el desconocimiento del contenido del RLGSMIS, donde ya se prevé la inseminación artificial heteróloga en cónyuges y "concubenarios". Habiendo consentimiento no puede decirse que hay reconocimiento del hijo, pues no es de las formas

previstas en el artículo 369 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; sin embargo se podría aplicar el último párrafo de este artículo que a la letra dice: "El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio de investigación de la paternidad o maternidad". En este caso se trata de una situación especial, debido a que se insemína con semen de otro hombre; aún haciendo uso de lo indicado en el último párrafo, el problema es que al emplear las técnicas de reproducción no natural y en específico la inseminación artificial heteróloga, cuando se efectuara el juicio de paternidad y se presentara la prueba genética, tendríamos el problema que biológicamente no es del concubinario y podría resultar contraproducente; porque el padre biológico no es el concubinario. No pensamos en aplicar las reglas establecidas para los cónyuges, precisamente porque los artículos determinan claramente "cónyuge". El problema está con las reformas efectuadas, en las cuales se trata de eliminar las diferencias entre los hijos dejando lagunas, y creando confusión, porque a final de cuentas las regulaciones son distintas. Como ya vimos en el capítulo anterior, no puede darse el mismo trato, porque las condiciones en las que se desarrolla el matrimonio son totalmente diferentes a las situaciones de hecho (como el concubinato), donde no se generan los mismos deberes.

Por ello, recurrimos al capítulo IV (sic) del Título Séptimo del C.C.V.D.F. Al parecer es el único camino para el hijo y es que el concubinario lo reconozca voluntariamente; en el caso de no querer hacerlo, podría recurrir al juicio de reconocimiento de la paternidad, presentando el consentimiento; el cual sería un indicio importante y podría alegarse que a partir de la reforma del 25 de mayo del 2000, se crea una nueva forma de generar la filiación y ésta es la voluntad. Entonces si la voluntad es una fuente de la filiación, tal como aparece en el artículo 293, segundo párrafo: "También se da por parentesco, por consanguinidad en el hijo producto de reproducción asistida y quienes la consientan". Este resulta ser otro medio de crear parentesco y se convierte en una fuente de filiación, la voluntad; ¿por qué no aceptar el consentimiento y revestirlo con esa importancia?. Cuando es clara la intención del legislador, aunque la prueba de ADN arroje un resultado distinto, pero el consentimiento es una prueba por escrito en donde se consideraría acepta expresamente, que es hijo de él. Nosotros creemos que se debe aceptar en beneficio del hijo.

En el caso de que haya consentimiento expreso, como lo hemos estudiado, se puede efectuar la inseminación artificial, sin que el cónyuge o el concubinario den su consentimiento; creemos ocurre igual en el caso de los cónyuges. No puede considerarse al hijo del concubinario, precisamente porque no existe elemento volutivo que debe darse para poder aseverar su

paternidad. Si estamos observando el consentimiento como fuente de la filiación, sería absurdo considerar que ésta se genera, aún cuando no lo haya. Resulta grave esta situación, porque ni aún presentando una prueba genética podría demostrarse la filiación, pues no es su hijo biológico; y no existiendo consentimiento no se puede atribuir la paternidad de ese hijo al concubinario. Lo alarmante está en que al donador sí se le podría atribuir, si firmó un consentimiento para fertilizar a una mujer con sus espermias, pues como comentamos, el artículo 293 párrafo segundo del C.C.V.D.F. señala un parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y de "quienes consientan"; y en este caso consiente el donador. Esto resulta sumamente complicado, pues no debió decirlo así el párrafo, no se le puede atribuir al donador. El otro argumento debatible, desde nuestro punto de vista es, ¿por qué darle tanto valor al elemento volutivo?; En el caso de aquellos que tienen relaciones sexuales y queda embarazada la mujer, posiblemente el hombre no quería tener hijos y no por ello se le exenta de reconocerlo, pues incluso, con los adelantos en la biotecnología se dan más elementos para demostrar la filiación. Es cierto, en parte esto. Toda vez que el hecho de tener relaciones sexuales, le puede traer como consecuencia la procreación; aún utilizando métodos anticonceptivos, éstos no le garantizan un cien por ciento de infalibilidad, pues todos tienen un margen de error, y pueden fallar; y aún a sabiendas de esta situación, lleva a cabo el acto, no puede decirse que había ausencia de la voluntad, porque corre el riesgo y por ende está obligado a asumir las consecuencias. Es por ello que el elemento volutivo es tan valorado, sobre todo tratándose de las técnicas de reproducción asistida, donde juega un papel fundamental, y habiéndolo no puede darse la oportunidad de retractarse, porque estaríamos en una situación parecida al que tiene relaciones sexuales con una mujer, y después no quiere aceptar la paternidad del hijo.

#### • PUNTO DE VISTA MORAL

Una vez hecha la apreciación jurídica, debemos proceder a observar la situación moral, pues jurídicamente se debió legislar de igual manera que a los hijos de cónyuges producto de las técnicas de reproducción asistida, y no generar una falta de protección a los hijos de concubinarios.

Lo interesante es, además, que una relación de hecho, como lo es el concubinato, es sumamente volátil; es decir, carece de estabilidad, pues no existen los mismos principios del matrimonio, en donde la liga resultante es tan pesada que es difícil romper con ella; pero crea una mayor obligación entre la pareja y los hijos. Sin embargo, resulta curioso que en el concubinato no se contraen nupcias, posiblemente por no adquirir un compromiso, y a la

vez buscan tener hijos porque uno no pueda, y recurren a una inseminación artificial heteróloga, sin saber cuanto durará la liga de la pareja, sobre todo cuando el hijo no sea del concubinario.

Realmente no es lógico, y sí muy criticable que no adquieran un compromiso como el matrimonio; pero sí procreen un hijo haciendo uso de la inseminación artificial heteróloga, sobre todo en ésta donde el padre biológico no es el concubinario. Si nosotros consideramos que el RLGS MIS sólo admite la inseminación artificial en cónyuges y concubinarios, el concubinato sería una buena forma para defraudar la ley, pues una persona se podría presentar con su supuesta pareja y solicitar una inseminación, como no hay forma de probar esta unión (sólo por testimonial) se pueden conseguir personas que atestigüen, podría ser el camino para personas quienes carezcan de la situación del matrimonio y el concubinato.

## **- LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MUJER SOLTERA**

Este será uno de los puntos más controvertidos de la presente tesis, porque entraremos en un cuestionamiento respecto a los derechos de ella y los derechos del producto de las técnicas de reproducción no natural, el hijo o hija.

Se ha cuestionado mucho respecto a que las mujeres solas hagan uso de la inseminación artificial; todo esto a raíz de los logros obtenidos por la mujer, pues no resulta difícil observar a profesionistas, intelectuales, mujeres trabajadoras; quienes se desempeñan con gran responsabilidad, sobre todo en este México, en el cual, como habíamos comentado somos resultado de un mestizaje, por el abuso sufrido por muchas mujeres, las cuales cargando con sus hijos salieron adelante, es ésta una de las razones por la que los hijos son apegados a la madre; así también, se ha determinado que en casos de divorcio, habiendo hijos menores de edad se queden con la mamá. Entonces observando que una mujer tiene el potencial para sacar adelante a una familia ¿por qué negarle la posibilidad de tener hijos, si con el tiempo ha demostrado que tiene la capacidad para educarlos, alimentarlos y desarrollar el difícil papel de padre y madre?; por esta pregunta debemos formular otra, ¿cuál sería la posición del hijo en la inseminación artificial heteróloga, sus intereses cómo quedarían?.

De todo esto es necesario efectuar más interrogantes, como: ¿por qué negarle a la mujer soltera hacer uso de las técnicas de reproducción no

natural?, ¿no sería tan injusto como negarle la posibilidad, que la naturaleza no le dio, por sufrir frigidez o acidez, las cuales no le permite sobrevivir a los espermatozoides?, y ¿por qué las mujeres que son fértiles pueden tener hijos aunque no sean casadas?, ¿no se convierte esto en un trato desigual?. Se le prohíbe a una mujer hacer uso de la inseminación artificial heteróloga, a quien la naturaleza le niega la oportunidad de ser madre y desempeñar el papel más importante y bello encomendado a la mujer; qué a caso no se violaría artículo 4º de la constitución, el cual indica que cada quien puede elegir el número de hijos que desea tener, pues la constitución jamás señala que los hijos deben tenerse de la manera que la propia naturaleza ha determinado. Sin embargo, no debemos olvidar al niño, entonces, ¿cuál sería la importancia de que su familia esté constituida por un padre y una madre, pues cuántas parejas son divorciadas, y se crían con sólo uno de sus progenitores?.

Aunque con la creación del Código Civil de 1928, se pretendió dar igualdad a los hijos, y evitar situaciones desagradables, por ella se adoptó el dejar llevaran los dos apellidos de quien los reconociera; sin embargo, esto no implica que se pretendiera aumentar el número de madres solteras; sino más bien se hizo con la intención de evitar sufrimiento a los hijos, pues de por sí resulta injusto nacer sin un padre que juegue, conviva con ellos, les enseñe y les aporte, lo que él les puede dar y además sufran rechazo social y rezago jurídico. Por esta situación, como hemos manifestado, se pretende proteger a aquel quien resulta ser el más inocente e indefenso de una situación donde es el más perjudicado. De tal manera, que el mal menos deseable, es proporcionarles un nacimiento sin padre; y lo más deseable es obsequiarles el cuidado y los cariños de un padre y una madre; sobre todo en estos tiempos en los cuales los padres y los hijos son menos lejanos. Es decir, en este México en el cual un padre puede jugar, acariciar y besar a sus hijos; donde el respeto no es obstáculo y mucho menos propiciador de un alejamiento, como ocurría antes, donde la más bella relación se manejaba más como la de un jefe y un empleado. Así, resulta una maravilla ver al padre columpiar a sus hijos, ir a la feria con ellos, sentarse a platicar y transmitir toda esa cultura y experiencias habidas en él, esas alegrías que hacen de la infancia, una de las etapas más bellas de la vida; y son las que nos preocupa falten a los hijos, quienes sólo tienen una madre, la cual vea por ellos.

No estamos en contra de las madres solteras, ni pensamos se deben rechazar o quemar en leña verde. Con lo que no estamos de acuerdo es, que haya de manera dolosa un aliento a tal situación; es decir, una mujer que está sola y para no sentirse así decide tener un hijo; sabemos que posiblemente pueda darle, hablando económicamente, todo a su hijo. Hay

autores, como Vittorio Frosini, quienes hablan del derecho a la maternidad y señala que la mujer puede asumir el "... querer. llevar a término el embarazo, aún corriendo riesgos, para ejercer su fundamental derecho a la maternidad; y por este mismo punto de vista debe reconocerse a la viuda el derecho a la inseminación artificial con el semen conservado del marido difunto... así como debe atribuirse el derecho de tener hijos inclusive a la mujer no casada que quiera recurrir a la fecundación tecnológica..."<sup>49</sup> Entonces con base en ese derecho, las mujeres siendo casadas o solteras pueden hacer uso de la inseminación artificial; pero además encontramos opiniones como la del Grupo del Parlamento Socialista, en donde se propuso para la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de España, que para poder (la mujer), utilizar éstas, se requiere que: "... Los centros y servicios sanitarios habrán de recibir de la mujer previamente la información documental de que no está casada ni constituye pareja estable, así como puede mantener y educar dignamente a la posible descendencia facilitándole el adecuado ambiente de bienestar y evitando que así los nacidos pueden ser vejados o discriminados socialmente por causas ostensibles o notorias con ellas relacionadas."<sup>50</sup> Sin embargo, nosotros pensamos que el dinero no satisface los intereses de los niños y niñas, no es justo que por no querer sentirse sola traigan a la vida un ser, quien va a tener la carencia de la figura paterna. ¿Por qué es importante un padre?; además de los lazos afectivos, ya expuestos, ¿tiene otras funciones?. Bueno, económicamente puede ser una ayuda, estamos conscientes de que esto no siempre ocurre y que muchas veces puede volverse una carga o incluso puede ocurrir que en lugar de tener la relación de cuento expuesta, donde el padre y el hijo juegan, sea un golpeador; por ello la ley ha implementado mecanismos de protección en contra de los maltratos. Pero pensando en un padre quien aporte a la economía familiar, esto implicaría que hubiere más tiempo para convivir con el hijo; hoy en día, muchas mujeres trabajan y contribuyen a la economía familiar, por esto las guarderías son una parte importante de estos hogares, pues bajo la imposibilidad de dejar a los hijos e hijas con algún familiar, deben llevarlos a las guarderías para poder trabajar; pero siendo dos quienes aportan para los gastos de la casa, es menos el tiempo que se ven obligados a estar trabajando, dando lugar a la convivencia familiar. Es muy importante esto pues basta con observar la sociedad de nuestros vecinos, los Estados Unidos de América, cuyos padres trabajan arduamente y los hijos crecen más solos e independientes, donde no sólo van a guarderías sino también en vacaciones asisten a cursos de verano; son jóvenes más independientes,

---

<sup>49</sup> FROSINI, Vittorio. "Derechos humanos y bioética". Themis, S.A. Bogotá – Colombia. 1997. Pág. 85 y 86.

<sup>50</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. Op. Cit. DE LEON ARCE, A. "La mujer sola, sin pareja, ante las nuevas técnicas de procreación humana". Pág. 265 y 266.

liberales, pero con un alto índice de drogadicción, pues no siempre se sale bien librado cuando a los hijos e hijas se les deja crecer solos; siempre el cariño, el apoyo y los efectos son elementales, pues hacen la sal y pimienta de la vida, y puede ser la base de un futuro bueno y sano para los hijos.

Hemos dado argumentos afectivos para apelar al bienestar del hijo o hija; pero ahora hablaremos del primer punto marcado al comenzar este tema, los intereses de quien pretende ser madre y los intereses del hijo o hija, ¿cuál debe prevalecer?. Hay quienes consideran que son los de la mujer, y otros los del hijo. Por ejemplo,, encontramos razones por las cuales la mujer sola desea tener un hijo o hija por medio de la inseminación artificial, entre ellas se señalan como posibles: "... el no haber encontrado la pareja adecuada, haberla perdido sin obtener descendencia, no desear relaciones sexuales por cuestiones traumáticas previas (por ejemplo, violaciones), pretender un resultado genético seleccionando en vía paterna, etc."<sup>51</sup> Son entendibles casi todos los puntos expuestos por el autor De Leon Arce, pues el no encontrar la pareja para procrear y dar un hogar a los hijos resulta difícil; el hecho de la muerte del marido o el novio, si dejó su esperma para efectuar después una fertilización, para que no se pierda su descendencia y quede un recuerdo de él; o en el caso de violación difícilmente podrá superar el problema y estar con un hombre, posiblemente su aversión a ese episodio de su vida la limite y la obligue, por una injusticia de la vida, a no poder procrear; pero la última razón nos parece verdaderamente egoísta, pues sólo lo hará buscando un determinado físico y no por razones que realmente le impiden tener un hogar normal. A excepción del último, nos parecen importantes los casos expuestos y dignos de reflexión; pero ante esta situación, también debemos observar el bienestar del hijo, esto implica el colocar en una balanza ambos intereses, para poder decidir hacia donde se debe inclinar el derecho.

Encontramos un razonamiento interesante del profesor Petinto, citado por Manuel Rico Lara en alusión al uso de la inseminación artificial: "podrá satisfacer deseos y ansias maternos, pero desciende a la mujer a niveles animalizados, destrozando los cimientos vitales de la alegría e ilusión."<sup>52</sup> Es interesante este apunte, porque resalta que si bien es cierto se puede desear tener hijos, como madre debe pensar en el bienestar de ellos, la felicidad que pueden lograr; no se puede pensar en ser madre, sólo meditando en nuestra propia dicha, en nuestra propia satisfacción, porque nosotros somos los que vamos a determinar el rumbo que seguirá una nueva vida.

<sup>51</sup> II CONGRESO VASCO. Op. Cit. DE LEON ARCE, A. Pág. 260.

<sup>52</sup> "Revista de la facultad de derecho de la universidad de Madrid". Núm. 31 - 32. Vol. XII. Madrid, España. 1968. Pág. 139.

Jurídicamente, muchas personas piensan que la mujer tiene derecho a la inseminación artificial, basados en una garantía constitucional, el artículo 4º párrafo tercero, el cual a la letra indica: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Con base en esto argumentan que si se les limitara y no permitiera hacer uso de las técnicas de reproducción no natural, se violaría el artículo 4º párrafo 3º de la constitución; precisamente porque no están pudiendo decidir de "manera libre", el número de hijos que desean tener; esto debido a que se les quita la oportunidad de procrear, pues de otro modo no pueden hacerlo. El maestro Don Ignacio Burgoa Orihuela interpreta, por lo que se refiere a "decidir libremente", de la siguiente manera: "El ejercicio de ese derecho, es decir, la decisión que comprende, se desempeña de común acuerdo entre el varón y la mujer".<sup>53</sup> Es importante esta anotación, pues señala claramente de "común acuerdo entre el varón y la mujer", no habla de una toma de decisión por separado. Entonces, si bien es cierto que el Estado coactivamente no puede obligar a la pareja a determinar un número de hijos, pero los insta a planificar, por ello habla de "responsable", lo hace para que la pareja llegando a un acuerdo pueda generar vida. Así pues no debemos considerar que sólo con la voluntad de una persona basta para poder engendrar; si fuera así, el concepto de responsabilidad se vería sumamente limitado; pero además, este párrafo para entenderlo así, se asocia con el último párrafo del mismo artículo, el cual a la letra determina: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental...". Es precisamente un encargo hecho a los padres, porque se piensa en "un padre y una madre" y no en "un padre o una madre"; es necesario que ambos interactúen para darle un hogar y generar buena salud física y mental a los hijos. "La constitución garantiza al hombre y a la mujer la libertad de tener hijos, en el número que ellos decidan, pero les impone la obligación de procrear con sentido de responsabilidad. Los hijos requieren educación, cuidados de toda índole, cariño y compañía; los padres están obligados a proporcionarles esas atenciones, a fin de formar hombres y mujeres sanos, fuertes, equilibrados y felices".<sup>54</sup>

Por los textos podemos notar que prevalece el interés del hijo, tal como lo dispone la "convención sobre los derechos del niño", donde nos indica en su artículo 3.1 lo siguiente:

---

<sup>53</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las garantías individuales". Ed. Porrúa, S.A. 27ª edición. México. 1995. Pág. 274.

<sup>54</sup> RABASA, Emilio O. Y CABALLERO, Gloria. "Mexicano ésta es tu constitución". Miguel Angel Porrúa. Primera reimpresión. México. 1996. Pág. 46

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Entonces, es una obligación esencial para las autoridades tomar decisiones favoreciendo los intereses del niño. Este mandato también lo es para los legisladores, quienes al hacer una ley tienen que favorecer al niño. Entonces, el punto de partida será precisamente, determinar que le conviene al niño. De tal modo que si partimos de esto, entenderemos que el hecho de hacer uso de las técnicas de reproducción asistida no natural deben llevar por objetivo dar una vida, y debe ser lo más parecida a una familia común; y las familias comunes no pueden ser generadas sólo por un papá o una mamá; de manera natural, se requieren ambas figuras. En cuanto a la recaudación, también se requieren ambas personas, para generar una estabilidad mental. Si se permitiera en mujer soltera la inseminación; no se puede afirmar la posibilidad de una estabilidad mental, pues no debemos descartar las teorías del afamado Sigmund Freud, quien aporta dos teorías interesantes, cuyos nombres provienen de la mitología griega: “complejo de Edipo y de Electra”. Sabemos que no necesariamente se cumple en todas las personas, pero no podemos descartarla; en el caso de los hijos de mamá soltera por inseminación artificial, tiene graves problemas, como el condenar al hijo a no tener nunca un padre, pues el semen proviene de un donador; materia que aún no está completamente regulada, pero generalmente se desconoce al que es su progenitor biológico, quebrantando así el artículo 7 de la “Declaración sobre los derechos del niño”, a la letra marca: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. Con la inseminación artificial no podría conocer a sus padres, y menos ser cuidado por ellos, pues siempre carecerá del padre, porque éste no lo hay. Se ha buscado mantener la idea de la familia, aún y los supuestos aceptados como el divorcio, el cual la fractura, buscan seguir aún con este estereotipo; no por capricho, sino por salud mental; y aún cuando las personas se divorcian, se ha comprendido que se divorcia papá y mamá y no así hijos y papá; o mamá e hijos. Por qué se ha buscado esto, pues como comentamos, se pretende que el hijo crezca con lo más cercano a lo que había sido común. Freud cuando explica el complejo de Edipo, apunta que el hijo se enamora de la madre, y el padre se vuelve su rival; pero al paso de los años se da cuenta que no puede competir con él, porque el padre es más fuerte, entonces cambia la táctica y en lugar de competir con él, lo imita; pero en ausencia del padre, el hijo ama tanto a la mamá que la empieza a imitar y quiere ser como ella, por eso muchos han considerado que esta situación es el punto de partida para el homosexualismo. Con esto entramos en una zona bastante complicada y

debatida, pues el hecho de permitir que las mujeres solas puedan hacer uso de la inseminación artificial, puede generar que las parejas lesbianas hagan uso de esta técnica para poder lograr un sueño, tener hijos. Debemos decir, que no es ningún tipo de homofobia lo que manifestaremos; pero sí una preocupación por la situación de los hijos que pudieran engendrarse bajo este tipo de familia. Podemos hacer varios razonamientos, por ejemplo, pensar en la inmadurez de nuestra sociedad donde se discrimina a los homosexuales; donde la sociedad no puede comprender que la preferencia sexual no determina la capacidad, la inteligencia, la responsabilidad de una persona; así pues, si encontramos a una pareja heterosexual, no por serlo indica que es responsable, fiel y estable; o por ser homosexual se carece de esas cualidades; más bien creemos es un problema de educación. Vivimos en una sociedad con rasgos sumamente machistas, por desgracia aún se sigue educando a los varones pensando que el hombre puede ser infiel, pues "por naturaleza es infiel", ¿cuántas veces hemos escuchado este argumento?; el hombre que anda con muchas mujeres es un orgullo, porque ello lo hace aparecer como "galán", como "el conquistador"; e incluso el medio cultural común, es decir, la televisión, en las telenovelas presenta este prototipo del hombre, donde la añoranza es que cambie y le sea fiel a la heroína de las mismas; pero tratándose de las mujeres, la situación es otra, pues quien anda con una y con otra persona, no puede ser más que una "cualquiera", una "prostituta"; e incluso en la televisión, la mujeres prepotentes, calculadoras e interesadas son las que andan con uno y con otro hombre son exactamente quienes no valen la pena. Es la sociedad, la cual ha establecido estos parámetros, donde los papeles son diametralmente opuestos. Al hombre se le enseña que ellos pueden hacer eso porque las mujeres no valen como ellos, es por eso que las únicas personas intocables son la mamá y sus hermanas; pero de ahí en fuera todas las mujeres son posibilidades. A la mujer se le enseña que "debe darse a respetar", que si ella desea respeto, ella tiene la obligación de proporcionárselo; pero no le enseñan al varón a respetar a las mujeres, pensando en que éstas (todas), tienen un valor intrínseco, por eso creemos que la inestabilidad más que ser un problema de preferencias sexuales, es una cuestión de educación; manifestamos esto porque muchas veces hemos escuchado argumentar a las personas que el problema de inestabilidad se da entre los homosexuales, como si los heterosexuales no lo tuvieran. Entonces, con todo lo razonado la pregunta sigue siendo: ¿por qué no sería benéfico permitirle a estas parejas hacer uso de una inseminación artificial heteróloga? Para responder vamos a dar dos argumentos:

Cuando se efectúa una adopción, se ha buscado darle a los hijos una familia tradicional, es decir con un padre y una madre. Se ha pensado que son los dos pilares que fortalecen a la familia, siendo así ambos esenciales

dentro de la misma, por eso el derecho ha procurado que los hijos tengan lo más cercano a una familia común. Parece débil el argumento esgrimido, pues en este caso, podríamos pensar que habrá un padre y una madre; por ejemplo en el caso de los homosexuales, podemos pensar que uno de ellos asumirá el papel de madre y el otro de padre, ¿entonces sería una familia?, ¿Qué es lo criticable, que podría afectar a los niños que criara una pareja de lesbianas u homosexuales? Si aceptamos a los homosexuales y nos quitamos todos los prejuicios, ¿cuál sería el problema?. En primer lugar, está el rechazo que por parte de la sociedad reciba, ¿pero eso no significa falta de madurez por parte de la sociedad?, pues si la preocupación es el rechazo, significa que teniendo una sociedad madura, quedaría eliminado este impedimento, ¿entonces ya no habría problema?. Nosotros creemos que sí, pues además de dar un hogar común y corriente a los hijos, el otro beneficio que se debe dar es un bienestar psicológico; el rechazo es el primero, el cual debemos evitar; generalmente los padres gozan viendo a sus pequeños desarrollarse en un medio de aceptación, cuando los padres ven sonreír a sus pequeños, piensan la fortuna que representa tenerlos, y cada una de esas pequeñas miraditas alegres son una satisfacción; pero cuando observan una carita de tristeza en sus hijos, despierta inquietud en los padres; pensando qué le ocurre a sus hijos, pues casi todos desean lo mejor para sus retoños; así buscan la raíz del problema, y si tienen al alcance de sus manos la solución, la dan. En el caso de los homosexuales, esto no ocurre así, sobre todo en México donde aún conservamos una sociedad con un pensamiento un poco estrecho, al respecto; donde aún la figura paterna debe revestir una gran fuerza y fortaleza; sino es digno de ser criticado. El hombre en México, debe serlo en todos los sentidos. Pero entonces al parecer el problema está en la sociedad, la cual discrimina absurdamente; como lo hizo con las madres divorciadas, las solteras y los hijos de éstas. Por eso, suponiendo que la sociedad madurara milagrosamente de un día para otro, ¿pensaríamos que ya no hay obstáculo para que una pareja de homosexuales criara hijos?. Nosotros seguimos pensando que sí lo hay, pues la segunda sugerencia que tomamos es el bienestar psicológico; pero eliminando el rechazo, sigue permaneciendo un impedimento. Independientemente de que no haya rechazo por parte de la sociedad, hay quienes consideran que el niño se va a dar cuenta de su situación familiar, la cual es distinta a la de los demás, quienes tienen un padre y una madre; pero el niño de los homosexuales va a tener un padre y un madre o una madre y una padre, ambos del mismo sexo. Es interesante lo apuntado, pero hay quien podría pensar que lo mismo ocurrió con las madres divorciadas, muchos argumentaban que los hijos se iban a dar cuenta de la familia incompleta en la cual vivían, la cual no era "normal", pues sólo se componía de una mamá; y ya careciendo de una figura paterna se generarían problemas realmente serios. La mujer, aún demostrado su capacidad para

cuidar a sus hijos, educarlos y mantenerlos, sigue sin ser lo ideal; pero ello no significa que ese hijo va a tener un mal futuro o que él va a ser malo. Muy cierto resulta esto, pero aún así, sigue siendo cuestionable que una pareja de homosexuales eduquen a un hijo. Hay quienes consideran que no es recomendable que eduquen a un hijo, porque aquéllos son muy inestables, posiblemente esto es resultado de la imposibilidad que tienen para contraer matrimonio, y cuestionándonos preguntamos: ¿cuántas parejas heterosexuales estarían juntas sino estuvieran comprometidas por el vínculo conyugal, y cuánto tiempo duraría?. Sabemos que la inestabilidad emocional no es exclusiva de las parejas homosexuales, cuántos heterosexuales son sumamente inestables, por qué pensar que es exclusivo de los homosexuales. Si se les viera como parejas, posiblemente muchos estarían protegidos, pues muchos son golpeados por sus parejas y engañados; pero sin casarse no importa que se les engañe, porque en el caso de los golpes está la posibilidad de acusar por lesiones, pero muchos de ellos no acusan por temor a perder a su pareja. Creemos que hasta cierto punto, los homosexuales son personas desprotegidas. Después de lo manifestado, nosotros seguimos creyendo que hay un impedimento muy fuerte y contundente para no permitir, el empleo de las técnicas de reproducción asistida a los homosexuales, y el impedimento consiste en lo siguiente:

Tenemos que volver al "complejo de Edipo y de Electra". Esto es muy importante, porque de aquí, podremos apoyarnos para determinar si hay o no problema con los hijos criados por homosexuales. Veamos como se aplica a estas parejas. Pensemos en una pareja de homosexuales que crían a un hijo, para comenzar, si el homosexualismo fuera acto totalmente natural, no entendemos por qué generalmente en esas parejas uno debe tomar el papel de hombre y el otro de mujer, ¿por qué asumir esos papeles?. Continuando con el razonamiento; estamos ante el complejo de Edipo, pensemos en un niño, al crecer con esos padres, observará a una pseudo madre y aún supuesto padre; como lo indica el complejo, se enamorará de la supuesta madre, verá como rival al padre; pero después tratará de ser como él, y a diferencia de los padres homosexuales, él no admirará a las mujeres y querrá ser como ellas, más bien pueden serle indiferentes o agradarle; de tal manera que podrá tener aprecio por los dos, no rechazará a las mujeres por no estar en la misma situación de sus padres, no le parecerían su prototipo a seguir y tampoco a los hombres, pues en su caso ese tipo de relaciones es normal; pero no tendrá una preferencia definida, pues como sabemos en la adolescencia se sufre de duda, donde no es raro observar que se siente un poco de atracción por una persona de su mismo sexo; pero poco a poco se va dando la definición de su preferencia sexual. Son muchas las cosas que influyen esta importante toma de decisión, entre ellas los valores que se dan

en la casa y lo que se considera adecuado. Ya hemos hablado de las tres esferas: "el ello, el yo y el super yo", todo esto influye para dirigir la conducta que creemos adecuada; en este caso, ese niño, ahora adolescente, no verá incorrecto querer a un hombre y a una mujer, los dos son adecuados, uno porque es lo más común en la sociedad y el otro porque en su familia es lo normal, no los rechazará; lo que le puede generar el bisexualismo, y ese es el verdadero problema, pues creemos que la persona bisexual es verdaderamente inestable; hoy le puede gustar un hombre y mañana una mujer, hoy puede tener necesidad de estar con uno y mañana con otro, hoy puede querer a uno y mañana repudiarlo, porque la necesidad que tiene, no es de estar con una persona igual a su pareja actual sino con una diferente, no sólo en lo mental sino también en lo físico. Ahora desea a una persona totalmente distinta, del sexo opuesto a con quien está. ¿Qué clase de familia puede ofrecer una persona tan inestable?. Así que el mal más perjudicial es que resulte bisexual, significa inestabilidad para él, su pareja y sus futuros hijos, lo que crea el punto base por el cual no se debe permitir el uso de las técnicas de reproducción no natural a parejas del mismo sexo.

Hay un impedimento jurídico para efectuar la inseminación artificial, que por desgracia, no es respetado por la mayoría de las empresas que se dedican a la reproducción asistida, y no es hecho respetar por la autoridad, es lo establecido en el artículo 56 del RLGSMIS:

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

Como se ve, sólo se aplica a las personas con problemas de esterilidad, que no es el caso de todas las mujeres solteras y los homosexuales.

## **2. FECUNDACIÓN ARTIFICIAL**

### **A. DIFERENCIA ENTRE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.**

La diferencia entre la inseminación artificial y la fecundación artificial, radica en que en la inseminación se pretende acercar los espermatozoides al óvulo para fertilizarlo por los medios artificiales; y en el caso de la fecundación, es más largo el proceso, ya que también tiene como finalidad el preñar el óvulo;

pero antes se deben tomar los gametos fértiles o con la capacidad para tener un desarrollo posterior, y es artificial porque no hay introducción de pene.

Veamos la definición de fecundación:

"Fecundación (fertilización) f. Acción de donar a los gametos fértiles o capaces de desarrollo ulterior; fertilización. La fecundación se inicia con el contacto entre el espermatozoo y el óvulo, y origina la fusión de los mismos, que estimula maduración del óvulo para que llegue a su fin, con liberación del 2º corpúsculo polar, Se forman los pronúcleos masculino y femenino y quizás se fusionen; ello va seguido de meiosis que establece el número diploide de cromosomas y origina herencia bipaterna y rige el sexo. El proceso de fertilización lleva a la formación de un cigoto y termina con el comienzo de su segmentación."<sup>55</sup>

## **B. QUÉ ES LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL LLAMADA TAMBIÉN EXTRACORPÓREA**

La fecundación artificial, también llamada extracorpórea o *in vitro*, tenemos que es la: "...Extracción de un óvulo y fecundación en el laboratorio, en un medio de cultivo, y colocación del óvulo fecundado dentro del útero."<sup>56</sup>

Esta técnica de reproducción asistida está relacionada con: "... dos científicos británicos, Steptoe y Edwards, ginecólogo y biólogo respectivamente, cuyo trabajo común se inicia en 1967 y culmina en julio de 1978 con el nacimiento del primer humano obtenido por fecundación *in vitro*: la niña Louise Brown."<sup>57</sup> A partir de este logro, el recurrir a la fecundación *in vitro*, ha sido buena alternativa para las personas que no han podido procrear de manera natural.

Para conocer la Fecundación Artificial o extracorpórea, la examinaremos y para ello observaremos los pasos a seguir:

---

<sup>55</sup> "Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina Dorland". Op. Cit. Pág. 680.

<sup>56</sup> IBIDEM.

<sup>57</sup> GAFO, Javier (Editor), Varios autores. "Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomédica, ética y derecho". Edita publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid (UPCM). Madrid, España. 1986. Pág. 25.

- “ Estudio de la pareja estéril: Para establecer con precisión el origen de la infertilidad y con ello sentar la posible indicación de esta técnica.
- Estimulación o inducción de ovulación: En los inicios de esta técnica se utilizaron ciclos no inducidos. Posteriormente se postularon ambas posibilidades: utilizar ciclos espontáneos o ciclos inducidos farmacológicamente, y hoy día la norma es utilizar ciclos estimulados, en otras razones porque es habitual tender a obtener superovulaciones con el fin de poder recolectar varios ovocitos en cada ciclo de tratamiento. La inducción de la maduración folicular se puede hacer con Clomifeno o con HMG (Gonadotropina Menopáusica Humana), sean solos o en combinación y más recientemente se tiende a utilizar FSH (Hormona Foliculo Estimulante)...
- Monotorización del crecimiento folicular: Es ésta una parte del proceso extraordinariamente crítica que permite actualmente incorporar técnicas diversas que se complementan entre sí. Originalmente sólo se disponía de elementos endocrino indirectos, como pudieron ser la citología seriada o la valoración de moco cervical. Posteriormente, la determinación de valores de estradiol y/o LH recientemente, el desarrollo y perfeccionamiento de las técnicas ecográficas permiten valorar morfológicamente la evolución del o los distintos folículos en crecimiento, hasta alcanzar las dimensiones aceptadas como correspondientes a folículos maduros.
- Inducción de la rotura folicular: Una vez alcanzados los criterios de maduración folicular mediante la administración de HGG (Gonadotropina Corial Humana), se imita o reproduce la descarga fisiológica de HL, induciendo con ello la última fase de maduración del folículo para acomodarla al momento elegido para la captación ovular.
- Recogida, estudio y preparación del semen recolección: Tras haber sometido al marido a tratamiento antibiótico que pueda controlar cualquier posible infección del aparato genital, se recoge la muestra que será preparada para hacer en el momento oportuno la fecundación.
- Recolección de ovocitos: Normalmente laparoscopia, y haciendo uso de instrumentos especiales de punción folicular, se van extrayendo los ovocitos de cada uno de los folículos escogidos...
- Control de madurez del ovocito: Del cual pueden resultar, en caso de que esté maduro, que proceda hacer la fecundación inmediatamente. De lo contrario será preciso incubarlo previamente en medio nutritivo adecuado, bajo atmósfera controlada...
- Fecundación del ovocito: Alcanzado el grado de maduración conveniente, se procede a fertilizar cada ovocito mediante la puesta en contacto de éste con el volumen previamente preparado de espermatozoides. Este

conjunto se mantiene en incubación en las condiciones antes descritas, comprobándose mediante controles microscópicos que se ha producido la fecundación. Inicialmente, se comprobará la liberación del corpúsculo polar; seguidamente, la formación de pronúcleos y su fusión y, finalmente, la división celular.

- **Transferencia de embriones:** Una vez alcanzado el momento de división celular de uno o varios embriones, se hace una valoración cualitativa de los mismos orientada a seleccionar los mejor desarrollados o excluir los anormales o defectuosos. Puede a su vez, en función de lo programado, hacerse transferencia del embrión único o múltiples embriones. Actualmente se tiende a transferir, siempre que ello es posible, entre 3 y 5 embriones.

La transferencia intrauterina de los embriones se hace por medio de una cánula o catéter provisto de una vaina externa semirrigida, a través de la cual se desliza el catéter propiamente dicho, que se une a una jeringa pequeña, como sistema de inyección.

- **Medidas tras la transferencia:** Una vez realizada la transferencia, la paciente deberá permanecer en reposo absoluto, en decúbito supino, durante treinta minutos, y posteriormente hasta veinticuatro horas de reposo relativo.
- **Control y seguimiento.**<sup>58</sup>

Este es el procedimiento para lograr la fecundación artificial, y como puede observarse se lleva fuera de la mujer, por esta razón es extracorpórea.

## **C. DIFERENTES CLASES DE FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA**

### **a) FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**

#### **i) EN QUE CONSISTE LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**

De manera breve, podemos equiparla a la inseminación artificial homóloga, por lo que se refiere a la procedencia de los elementos para efectuar la fecundación, es decir, quiénes son dueño y dueña de los espermatozoides y del óvulo, respectivamente. Entonces, la fecundación homóloga es cuando

<sup>58</sup> GAFO, Javier. Op. Cit. Pág. 29 – 33.

se emplea el óvulo y los espermatozoides de la esposa y del esposo, o de la concubina y el concubinario.

## **ii) CASOS EN QUE SUELE RECURRIRSE A LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA**

Se recurre a la fecundación artificial "... evitando el tránsito tubario, a fin de poder resolver el obstáculo planteado por la obstrucción o ausencia de las trompas de falopio..."<sup>59</sup>

La fecundación artificial homóloga, generalmente se da cuando:

- Es una madre fértil, pero incapaz de concebir; o
- Padre infértil, madre fértil pero incapaz de concebir.<sup>60</sup>

Estamos ante una pareja que puede procrear, pero no de manera natural; y en el caso del padre, puede ser una subfertilidad, así tenemos que: en "Habida cuenta del proceso previo a que han de ser sometidos los espermatozoides para la FIV, esta manipulación puede ayudar a resolver problemas de subperfidialidad masculina por oligospermia y astenospermia de causa diversa, en la medida en que se puede concentrar, por centrifugación, el número de espermias por unidad de volumen, además de que en sí misma los requerimientos numéricos de espermatozoides son menores por la propia esencia de la técnica... Pueden asimismo incluirse casos de fertilidad masculina tanto tratables como potencialmente tratables, sean funcionales u orgánicos, post - inflamatorios y algunos casos de malformaciones."<sup>61</sup>

## **iii) LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA, TOMANDO EN CUENTA LA LEGISLACIÓN VIGENTE.**

Hemos estudiado que en el RLGSMIS, está prevista la fertilización in vitro. El artículo 40 frac. XI al dar la definición de la fertilización, dice: "Es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la

<sup>59</sup> GAFO, Javier. Op. Cit. Pág. 25.

<sup>60</sup> Cfr. Ibid. Pág. 27

<sup>61</sup> GAFO, Javier. Op. Cit. Pág. 26

fertilización in vitro". Entonces observamos que se incluye la fertilización in vitro".

Analizaremos dos tipos de filiación generada con la fecundación artificial homóloga, la que se da entre los cónyuges con el hijo o hija, y la de los concubinarios con el hijo o hija.

En primer lugar está la filiación de los hijos nacidos por fecundación homóloga y los cónyuges. Se aplica el artículo 324 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, donde se observan los tiempos en los cuales nace el hijo o hija. De acuerdo al artículo 324 frac. I, lo que importa es el tiempo en el cual nace el hijo o hija; y no, en el que ocurre la fecundación; así pudo efectuarse la fecundación in vitro antes de contraer matrimonio, y nacer el hijo después de casados los padres; entonces se considerará que el hijo o hija es de los cónyuges, tal como lo dispone el artículo citado; además debe haber consentimiento, tal como lo establece el artículo 43 del RLGSMIS.

Respecto a lo indicado por el artículo 324 frac. II del C.C.V.D.F.; nuevamente predomina la importancia del tiempo en el cual se produce el nacimiento del hijo o hija, pues claramente indica el Código Civil que el hijo debe nacer dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio; en este caso se presume hijo o hija de los cónyuges, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. No importa que la fecundación se efectúe dentro de éste tiempo, es decir, dentro de los trescientos días, pues si el hijo o hija nace fuera de este tiempo, no se presume de los cónyuges; maxime si no hubo consentimiento. ¿Porqué decimos esto?. Se debe a que el propio artículo 324 señala, en las hipótesis mencionadas, que "se presumirá que es hijo de los cónyuges, salvo prueba en contrario." De lo cual se desprende, que estas dos hipótesis del artículo 324 del Código Civil vigente, pueden desvirtuarse por medio de una prueba. De tal suerte que los artículos 325 y 326, del mismo ordenamiento, determinan:

"Art. 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer".

"Art. 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre

que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

Puede alegarse que una de las personas padece la imposibilidad de poder engendrar o que él no estaba presente en el momento en el produjo la concepción, siéndole imposible tener relaciones sexuales; pero si hay consentimiento del marido y se efectúa la fecundación, aunque el no pudo estar presente, pero ya se le habían extraído los espermatozoides y de esa manera se logró la fecundación in vitro, no puede impugnar la paternidad, tal como lo determina el artículo 326 segundo párrafo del C.C.D.F. Esto se debe a que con la reforma el legislador le da gran valor al consentimiento.

Sin embargo, el artículo 43 del RLGSMIS, nos hace saber que puede dispensarse el consentimiento; pero entonces no habiendo consentimiento, puede impugnarse la paternidad, y en este caso no podrá atribuirse al marido, aún cuando biológicamente sea su hijo; pero al igual que en la inseminación, no se le podrá atribuir al marido, pues con la reforma del 25 de mayo del 2000, el legislador crea una fuente de paternidad nueva, la consensual. Así pues, habiendo una fuente se excluyen las otras, pero afortunadamente esta es una opinión de nosotros y no la de un juez; así que valdría la pena, intentar demostrar el parentesco biológico entre el marido y el producto de la fecundación in vitro, para atribuir la paternidad al marido de la madre.

Tratándose de un hijo cuyo nacimiento se produce después de los trescientos días, su destino, en cuanto a la filiación, es el siguiente: Supongamos que se efectúa la fecundación en el período de solicitud del divorcio, hay consentimiento expreso del padre, (tal como lo ordena el artículo 326, 2º párrafo del C.C.V.D.F), pero el hijo o hija nace después del tiempo establecido en el artículo 324, frac. II del Código Civil vigente para el Distrito Federal; sería injusto determinar que el hijo no es del hombre quien consintió; aunque ya no estamos hablando de hijos e hijas, quienes nacen del matrimonio, tenemos que las personas a quienes perjudique la filiación, no podrán promover su inconformidad, pues hubo “consentimiento expreso”. Sin embargo como hemos aclarado, ya no se trata de un hijo o una hija nacida dentro de matrimonio, pues necesitará forzosamente del reconocimiento o de una sentencia que declare paternidad, la madre no podría presentar un acta de su matrimonio, pues para lograr se aplique la presunción del artículo 324 del C.C.V.D.F., ya ha sido disuelto; esto se debe

a que como comentamos, se cuenta con una base de datos donde se lleva el registro de los matrimonios y disoluciones de los mismos, y es una obligación de los jueces del registro civil, verificar que sea cierto lo afirmado por las parejas; aunque esto no se efectúe siempre. Entonces, en estos casos pensamos que la solución será impulsar el juicio de investigación de la paternidad, presentando el "consentimiento expreso"; aunque no es propiamente el reconocimiento, puede ser utilizado como indicio en un juicio (art. 369, último párrafo del C.C.V.D.F.), pues aparecería una de las fuentes del parentesco, el consentimiento.

- *Hijos de concubinarios*

Ahora nos toca examinar la filiación de los hijos de concubinarios habidos por medio de fecundación in vitro homóloga, es decir, con espermias y óvulos de la pareja. No debemos perder de vista, que son personas quienes han contraído matrimonio, las cuales viven como si fueran marido y mujer, y en este caso ambos buscan tener un hijo o una hija; por ello han recurrido a la fecundación in vitro. La filiación de los hijos o hijas respecto de los concubinarios se asemeja mucho a la de los hijos de cónyuges, al menos en cuanto a disposición legál; así encontramos lo que establece el artículo 383 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

"Se presume hijos del concubinario y de la concubina:

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

De tal modo, se puede apreciar que la disposición es similar a lo establecido en el artículo 324 del C.C.V.D.F; pero como ya hemos comentado, no puede ser igual, pues en el caso de los hijos nacidos de cónyuges, notamos que puede presentarse la madre o el padre y su hijo, y registrarlo como hijo de matrimonio, es decir, con un padre o madre determinados; aunque no se presente alguno de ellos, pues con el acta de matrimonio de los padres se comprueba que tiene un padre y una madre ciertos. Sin embargo, no resulta igual con los hijos de concubinarios, pues no se cuenta con una prueba como el acta de matrimonio con la cual se comprueba el vínculo de la filiación de los hijos (art. 340 del C.C.V.D.F.). Por lo tanto, la filiación se generará por reconocimiento voluntario o investigación de la paternidad. En este caso, la ley no habla de consentimiento expreso; entonces, prácticamente el código civil vigente adolece de este tipo de disposición para generar la filiación; así tenemos el problema de los hijos e hijas que nacen haciendo uso de la fecundación asistida. Por lo tanto, cuando no se le reconoce voluntariamente al hijo, en este caso, se puede

recurrir a la investigación de la paternidad, pues estamos ante una fecundación in vitro homóloga, ello significa que los elementos para traerlo a la vida (el óvulo y los espermatozoides) son de los concubenarios; por ello, con una investigación de la paternidad se podría demostrar el parentesco que hay. Comentamos que tratándose de concubenarios no reviste la misma importancia el consentimiento expreso, como con los cónyuges; sin embargo, la existencia de este podría ser importante, porque sino quisiera el padre reconocer al hijo o hija, el consentimiento expreso podría convertirse en un medio probatorio de acuerdo a lo establecido en el artículo 341 del C.C.V.D.F.; además de ser un indicio (art. 369 último párrafo del C.C.V.D.F), este sería el camino para probar la filiación del hijo o hija. El consentimiento podría haberlo gracias al mandato del artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud; sin embargo, no debemos olvidar que se puede dispensar el consentimiento, pero como no se establece expresamente la regulación de esta forma de reproducción no natural, puede decirse que aún queda el camino de la investigación de la paternidad.

## **b) FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

### **i) A QUE LLAMAMOS FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA**

La fecundación artificial heteróloga es en la que el óvulo y/o el espermatozoide son de personas distintas a la esposa y el esposo o del concubinario y la concubina. Puede ser el óvulo de otra mujer y el esperma del esposo o del concubinario; o los espermatozoides pertenecer a un hombre distinto al esposo o concubinario; o incluso en el caso de la mujer soltera, siempre estaremos ante una fecundación artificial heteróloga.

Los dos casos en que se piensa se recurre a ella son:

- " - Madre infértil pero capaz de gestar.
- Padre y madre infértiles pero madre capaz de gestar".<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> GAFO, Javier (Editor), varios autores. Op. Cit. Pág. 27.

**ii) DIVERSAS HIPÓTESIS SUSCEPTIBLES  
DE PRESENTARSE EN LA  
FECUNDACIÓN ARTIFICIAL  
HETERÓLOGA**

Las dos hipótesis que vamos a analizar las veremos desde un punto de vista ético y moral; y la filiación, hablando jurídicamente, la dejaremos para el inciso iv).

**- FECUNDACIÓN ARTIFICIAL  
HETERÓLOGA EN CONCUBINA.**

Entramos en el conflicto observado de la madre soltera, porque encontramos dos intereses, los de quien pretende ser madre y los del hijo. Es necesario hacer una nueva evaluación sobre la preponderancia de alguno de ellos. La primera situación que debemos estudiar es, ¿por qué pensamos que son intereses encontrados?. Bueno son varias las circunstancias habidas en estos casos. Encontramos por un lado, que estamos ante una "pareja de hecho". Ya estudiamos quién es concubina, cuál es la diferencia con los cónyuges; entonces sabemos que en el concubinato, la mujer y el varón no están unidos por el lazo conyugal, tampoco se encuentran obligados por los principios que rigen al matrimonio; así pues, no existe una ligadura como el matrimonio. Hemos comentado que una de las consecuencias de no cumplir los principios del matrimonio conlleva a la generación de una causal de divorcio; pero no sólo es causa de la ruptura del matrimonio, sino además de sanciones económicas importantes, esto hace relevante el matrimonio, porque muchas veces la persona quien da lugar al resquebrajamiento del lazo conyugal no se siente afectado moralmente, pues posiblemente ya tenga a otra persona con la cual estar; entonces, inteligentemente a nuestro pensar, el legislador no sólo da como sanción a la falta de los principios la disolución del matrimonio; sino que además impone una sanción económica. Cuando están casados bajo el régimen de sociedad conyugal se dividen los bienes y se establece una pensión alimenticia (art. 288 del Código Civil vigente del Distrito Federal). En el caso del matrimonio bajo el régimen de separación de bienes se tiene derecho a solicitar alimentos, y en el caso de los bienes, cada uno quedará con aquéllos que haya adquirido y estén a su nombre; sin embargo con la reforma se agrega una cosa nueva, la cual consiste en: "cuando alguno de los cónyuges no haya adquirido bienes

propios o habiéndolo adquirido sean notoriamente menores a los del otro cónyuge y se haya dedicado, durante el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y en su caso al cuidado de los hijos, éste cónyuge tiene derecho a demandar hasta el 50% del valor de los bienes que se hubieren adquirido durante el matrimonio" (art. 289 – Bis del C.C.V.D.F.). Tratándose de los concubinarios se tiene derecho a solicitar pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato, y no podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio (art. 291 – Quintus del C.C.V.D.F.).

La situación de la concubina en una relación de hecho, como lo es lo es el concubinato, no es como en la unión conyugal donde hay principios, los cuales obligan a la pareja a guardarse cierto respeto. Parecería que todos los matrimonios son fieles y formales, si afirmásemos tal cosa estaríamos mintiendo. Nosotros no creemos que ocurra esa situación; sin embargo, estamos convencidos que esos principios agregan un deber moral más, pues lleva a un compromiso, el cual la persona está consiente debe respetar.

Dijimos que hay dos intereses, los de la madre y los del hijo. La concubina busca tener un hijo; pero hay una imposibilidad de procrear de manera natural, por ello se recurre a la técnica de la fecundación artificial heteróloga. El problema es: ¿Qué tipo de familia le espera al hijo?. Si la pareja no ha querido contraer nupcias, posiblemente se deba a una inestabilidad emocional, por miedo al compromiso; entonces, nosotros no comprendemos la razón por la cual si no se han querido comprometer formalizando su unión, para qué buscar tener un hijo o una hija, cuando éstos representarán un compromiso, pues tener un hijo o hija significa educarlo, amarlo, darle valores, alimentarlo, preocuparse con él y procurarle una vida satisfactoria, o darle los elementos para que la tenga. Resulta complicado tener un hijo o una hija, y las obligaciones que ésta conlleva, porque el hacer un ser humano productivo no sólo repercute en la persona, sino también en la sociedad. El tener un hijo o una hija trae un compromiso con él y también con el entorno social. En la casa con maltratos físicos y psicológicos, podríamos estar generando un golpeador o un violador en potencia, un asesino, un asaltante, un secuestrador, una persona quien carezca de cualquier tipo de valores, con lo que estaríamos creando un problema para la sociedad; por ello, resulta relevante el cumplimiento del compromiso adquirido, al traer a la vida a un hijo o hija. Entendemos el deseo y la frustración de la mujer al no poder procrear, pero si se hace, es mejor que los hijos tengan una vida con estabilidad o dentro de las condiciones más adecuadas, con un padre y una madre, quiénes se hagan responsables de él.

## - FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MUJER SOLTERA.

Nuevamente encontramos dos intereses opuestos, los de la mujer y los del hijo o hija. Los puntos relevantes los hemos comentado en la "inseminación artificial heteróloga en mujer soltera". Hicimos una crítica y una reflexión sobre los intereses y las razones por las cuales la mujer buscaría tener un hijo; pero analizamos también cuál sería la posible situación del hijo o hija, y la falta de convivencia en caso de permitir la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a la mujer soltera.<sup>63</sup>

### iii) REQUISITOS EXIGIBLES PARA EFECTUAR LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

Ya hemos visto en la inseminación artificial, que en el artículo 43 del RLGSMIS, aparece como requisito el consentimiento informado, y para ello se debe observar lo determinado en los artículos 21 y 22 del mismo reglamento.

"Art. 43.- Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, purperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óvulos o fetos; y para la fertilización de embriones, óvulos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido."

---

<sup>63</sup> Vid: "LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN MUJER SOLTERA". Pág. 175 - 183.

“Art. 21.- Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá 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 la investigación;
- II. Los procedimientos que son experimentales;
- III. Las molestias los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de proporcionarte información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y
- XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.”

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

- I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
- II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;
- III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;
- IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigaciones no

supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

- V. Se extenderán por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Es muy importante el consentimiento, porque como estudiamos en el artículo 293 párrafo 2º del Código Civil vigente, es el punto de partida para establecer el parentesco por consanguinidad, entre el producto de las técnicas de reproducción no natural y quien consiente. Pero además del consentimiento informado y los requisitos de éste, el RLGSMIS, establece en el artículo 56 otro requerimiento para que pueda llevarse a cabo la fertilización asistida:

“Art. 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el investigador.”

Se debe tomar en cuenta lo asentado en los artículos 13, 14, 15 y 16 del RLGSMIS.

#### **iv) LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO MEDIANTE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.**

Dividiremos en dos el estudio de la filiación del hijo o hija nacida por fecundación artificial heteróloga. Examinaremos primero la filiación de hijos e hijas nacidos dentro de matrimonio, y posteriormente la de los hijos e hijas nacidos de personas no unidas por el vínculo conyugal.

##### **• HIJOS NACIDOS DE MATRIMONIO**

Necesariamente se aplicará el artículo 324 del Código Civil vigente. Entonces tenemos que aplicando dicho artículo al hijo o hija nacido mediante fecundación artificial heteróloga, se presume que es hijo o hija de los cónyuges si:

1. Nace dentro de matrimonio; sin importar que el nacimiento se produzca minutos después de celebrado aquél; lo trascendente es el momento del nacimiento, no el de la concepción, por lo tanto el acontecimiento que determinará si es hijo o hija de los cónyuges o no, es que el nacimiento

ocurra una vez que se haya contraído matrimonio; siempre y cuando no existan pruebas de que al marido le fue imposible tener relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento; o que se le haya ocultado el nacimiento. En los dos casos señalados, el marido podrá impugnar la paternidad, siempre que no haya otorgado su consentimiento expreso (artículos 326 y 327).

2. El nacimiento se produce dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio; ya provenga ésta de nulidad del mismo o muerte del marido o divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Los términos se contarán, tratándose de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Tal como sabemos, ambas presunciones son susceptibles de impugnación, por ello es necesario observar otro elemento, el cual hace imposible redargüición alguna: "el consentimiento expreso del cónyuge para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida".

El punto de partida está en las presunciones, se puede refutar sólo cuando medien pruebas de que al marido no le pudo haber sido físicamente posible, tener relaciones sexuales con su cónyuge durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento; así como aquéllas que los avances de los conocimientos científicos puedan ofrecer (art. 325 del Código Civil). Sin embargo, tratándose del uso de técnicas de reproducción asistida, aún existiendo las circunstancias anteriores, no se podrá replicar la paternidad cuando haya consentimiento expreso en la aplicación de tales técnicas (art. 326). Como hemos visto en la inseminación artificial, el problema es con el consentimiento, pues se puede dispensar.

El consentimiento es el punto crucial para establecer la paternidad, es una de las formas para determinar el parentesco (de acuerdo con la reforma del 25 de mayo del 2000) y resulta tan importante, pues si hay consentimiento expreso imposibilita a terceros, quienes se vean afectados por la filiación, para impugnarla (art. 329). Pero mencionamos que el problema se genera cuando el consentimiento se dispensa, (tal como lo prevé el artículo 43 del RLGSMIS), en cuyo caso la situación de la filiación se ve vulnerada. Veamos por qué. El art. 293 del Código Civil, antevé dos formas de parentesco: el de consanguinidad y el adoptivo (cuyas fuentes son distintas). El parentesco adoptivo nace por la celebración de un acto denominado "adopción"; y en el caso del parentesco por consanguinidad, el origen se divide en dos; el primero surge a raíz de; "... el vínculo entre personas que descienden de un tronco común"; y el segundo se da: "... en el hijo producto de reproducción

asistida y de quienes la consientan”. Notamos entonces, que lo cual define el parentesco por consanguinidad, surgido con los hijos e hijas producto de las técnicas de reproducción asistida, es el consentimiento; éste es el que establecerá si hay, o no, parentesco; luego entonces, si se carece de consentimiento puede afirmarse, con base en el artículo 293 del Código Civil, que no hay parentesco por consanguinidad. Lo afirmado anteriormente, vienen a certificarlo los artículos 326 y 329 del Código Civil. El artículo 326 determina que no se podrá impugnar la paternidad de los hijos, quienes nazcan durante el matrimonio, y sean concebidos mediante las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando haya mediado consentimiento expreso en el uso de tales métodos. De igual manera, los terceros afectados por la filiación generada, no pueden impugnarla cuando haya consentimiento expreso del cónyuge, en el uso de tales métodos de fecundación asistida (art. 329 del C.C.V.D.F). Estos dos artículos confirman lo establecido por el artículo 293 del C.C.V.D.F, pues el vínculo consanguíneo (así considerado jurídicamente) no se puede fracturar cuando hay consentimiento expreso. Entonces, interpretado en contrario sensu, determinamos que cuando no hay consentimiento expreso, podría impugnarse la paternidad sobre el hijo; podría el marido decir que le fue imposible haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, o que ella sufre de imposibilidad para engendrar de manera natural, y recurrió por ello a las técnicas de reproducción no natural, pero él no otorgó ningún consentimiento. En este caso no sólo impugnará la paternidad, sino además en aplicación de los artículos mencionados procederá la impugnación, y no podrá atribuírsele el hijo, precisamente por no mediar consentimiento expreso. Ahora bien, si el hijo nació después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, las personas a quienes les perjudica la filiación pueden impugnarla, y prosperará la acción por no existir consentimiento expreso(art. 329 del C.C.V.D.F).

#### • *HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO*

En este apartado entran los hijos de concubenarios y los que podrían ser hijos de una mujer soltera.

El artículo 383 del C.C.V.D.F. establece que:

“Se presumen hijos de concubinario y concubina:

- I. Los nacidos dentro del concubinato; y
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina”.

En otro apartado explicamos que era muy difícil aplicar directamente la presunción, porque a diferencia de los hijos de cónyuges, no hay pruebas directas sobre el concubinato; en cambio, en el matrimonio existe un acta; ese acto se celebra ante un juez del Registro Civil, y por ello se puede presentar la madre con el hijo y su acta de matrimonio, y lograr que aparezca en el acta de nacimiento el nombre del padre y el de la madre. En el concubinato no hay esa posibilidad, pues de acuerdo con el artículo 360 del C.C.V.D.F la filiación: "... se establece por reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoria que así lo declare". Entonces, el padre deberá acudir voluntariamente y efectuar el reconocimiento, y en caso de hacerlo podría recurrir a la investigación de la paternidad; pero en el caso de la fecundación heteróloga, es bastante complicado, porque aún pudiendo recurrir a la investigación de la paternidad, no podría demostrarse ésta, precisamente porque biológicamente no es el padre.

En el caso de la mujer soltera, acudirá ésta a reconocerlo, pues solamente tiene una mamá quien lo reconozca, pues parece de un padre (estamos hablando de una madre soltera). Ahora bien, si la madre no lo reconociera, podría recurrir el hijo a la investigación de la maternidad (art. 385 del C.C.V.D.F); para ello podrá recurrir al consentimiento expreso que tuvo que otorgar la madre para efectuarle la fecundación asistida, pues es una obligación para las clínicas que medie éste (art. 43 RLGSMS).

Sabemos que el consentimiento expreso, no es una de las formas de reconocimiento que aparece en el artículo 369 del Código Civil vigente para el Distrito Federal; sin embargo sí puede servir como indicio, tal como lo determina el último párrafo del artículo 369 del C.C.V.D.F., en el juicio de investigación de la maternidad; y aunque no sea madre biológica, puede decirse que por el indicio que forma el consentimiento expreso, estamos ante el parentesco establecido en el artículo 293 párrafo 2º del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que se da entre los hijos producto de reproducción no natural y quienes la consienten.

## **D. NUEVOS MÉTODOS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL**

### **a) LA TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS (GIFT)**

Este nuevo tratamiento que aparece en 1984 y se recomendaba: "... como alternativa atractiva a los métodos convencionales de fertilización in vitro en

los casos en que las mujeres tuvieran al menos una trompa sana o en condiciones de ser utilizada.<sup>64</sup>

También se ha utilizado la transferencia intratubárica de gametos, en: "... pacientes con fallo ovárico precoz (FOP) o menopausia precoz... Estas pacientes precisan una terapia de sustitución con estrógenos y progesterona para reanudar la función ovárica previamente a la transferencia de gametos a las trompas."<sup>65</sup>

Para efectuar la GIFT, se tiene primero que seleccionar a los pacientes, se requiere que: "... deben presentar una trompa: esto se observará por la laparoscopia o histerosalpingografía (HSG). Si existe la sospecha de anomalía tubárica, la paciente únicamente será aceptada en este programa después de una confirmación de que la trompa existe y es normal. La evaluación del factor masculino es una parte muy importante de la investigación de la pareja infértil."<sup>66</sup>

La GIFT también se usa cuando no ha resultado la inseminación heteróloga.

Los pasos a seguir en la GIFT, son:

- "Hiperestimulación ovárica controlada
- Aspiración folicular
- Identificación y clasificación del ovocito
- Preparación del semen
- Transferencia intratubárica de gametos
- Diagnóstico del embarazo".<sup>67</sup>

## **b) LA TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE EMBRIONES (TET).**

En el libro de "Avances de reproducción asistida", se aclara que:

"En una pareja con infertilidad masculina, antes de decidir un GIFT, se analizan al menos dos muestras de semen con la preparación querida (Swim – up, Percoll y sedimentación). La pareja puede entrar en el programa GIFT

<sup>64</sup> REMOHI, José, PELLICER, Antonio y BONILLA – MUSOLES, Fernando. "Avances en reproducción asistida". Ediciones Díaz santos, S.A. Madrid, España. 1992. Pág. 269.

<sup>65</sup> IBIDEM.

<sup>66</sup> Ibid. Pág. 270.

<sup>67</sup> REMOHI, José, PELLICER, Antonio y BONILLA – MUSOLES, Fernando. Op. Cit. Pág. 279.

si cumple los siguientes criterios: recuperación de un total de > 1.5 millones de espermatozoides móviles después del tratamiento ..

Cuando una muestra no cumple con estos criterios, o cuando en el suero femenino y/o semen se encuentran títulos altos de anticuerpos, o cuando existe un intento fracasado de GIFT, se deberá proponer una solución diferente. Este enfoque alternativo es la transferencia intratubárica de embriones (TET), que es una variación de la técnica GIFT en la que la fertilización de ovocitos ocurre in vitro y los embriones divididos resultantes se transfieren dentro de las trompas...

La técnica TET utiliza los mismos pasos que la fertilización in vitro y los embriones obtenidos son transferidos en una etapa de división similar.<sup>68</sup>

La TET tiene dos ventajas sobre la GIFT, cuando la esterilidad la tiene el varón: "a) existe una demostración de que una muestra pobre de semen puede fertilizar; b) la paciente no será intervenida quirúrgicamente a menos de que exista prueba de fertilización. La diferencia en las tasas de embarazo podría ser un reflejo de distintos factores. El entorno tubárico podría proveer un medio más apropiado para el desarrollo del embrión previo a la implantación... Además, el tiempo que el embrión permanece en la trompa permitiría que el medio uterino se torne menos hostil para la implantación... la llegada del embrión a la cavidad uterina resulta más fisiológica que en la transferencia embrionaria con FIV, ya que se evita cualquier trauma del endometrio."<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> REMOHI, José, PELLICER, Antonio y BONILLA-MUSOLES, Fernando. Op. Cit. . Pág. 282

<sup>69</sup> IBIDEM.

## **CAPITULO TERCERO**

### **ARRENDAMIENTO DE VIENTRE, MATERNIDAD SUBROGADA Y CLONACIÓN**

#### **I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El avance de la tecnología en las formas de reproducción asistida, han permitido una manera de procrear distinta a la inseminación y a la fecundación, donde el lugar en el cual se deposita el óvulo fecundado, no es el vientre de la mujer que pretende ser madre, sino en una mujer distinta; pero al igual que en la fecundación e inseminación artificial heteróloga, se puede contar con la contribución de personas que no son de los sujetos que pretenden ser padres.

El problema no radica en que el óvulo y los espermatozoides no provengan de un hombre y/o mujer que pretenden ser padre y madre, se encuentra en la persona que albergará al producto de la reproducción asistida en su vientre; precisamente, porque los estudiosos han tratado de determinar el acto del cual se trata, si estamos ante un contrato o ante qué. Durante mucho tiempo se ha considerado y aceptado que es un contrato y por ello se le ha denominado "arrendamiento de vientre".

Sin embargo, debemos estudiar detenidamente esta postura y analizar los componentes de esta forma de reproducción asistida, con la finalidad de determinar si podría ser un contrato de arrendamiento o no. Y por último estudiaremos la clonación en humanos, la cual es una técnica que ha sido muy cuestionada, por lo que es necesario estudiarla, para poder determinar éticamente su utilidad.

#### **II. ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y MATERNIDAD SUBROGADA. CRÍTICA A LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA.**

Se le ha llamado arrendamiento de vientre al hecho en el que una mujer que pretende ser madre y por razones biológicas no puede concebir busca otra mujer cuyo vientre sea capaz de gestar; entonces vemos que se trata de una mujer incapaz de gestar, pero es fértil. Podemos asumir que la mujer es fértil, y el hombre también, pero ella no puede gestar; o también que la mujer es fértil y

el hombre no, pero ella no es capaz de gestar, por alguna de las siguientes razones:

- Grave enfermedad de las pelvis que no puede operarse.
- Carencia de útero: de forma congénita (síndrome de Rokitanski) o porque ha sido extirpado (histerectomía)
- Abortos de repetición (infertilidad)
- Afección o enfermedad que desaconseje médicamente el embarazo.<sup>1</sup>

Entonces, ante la imposibilidad de gestar, la pareja debe buscar a otra mujer para que geste al hijo; a esta situación se le ha llamado arrendamiento de vientre. Precisamente por que la mujer quien pretende ser madre da el óvulo, su pareja los espermatozoides, se fecunda el óvulo y se le implanta a otra mujer, para que ésta última geste durante nueve meses al niño, los juristas han equiparado este acto al contrato de arrendamiento. Sin embargo, no se puede aceptar o rechazar de manera indirecta que se trate de un contrato de arrendamiento; para ello debemos analizar al contrato de arrendamiento, y observar sus elementos de existencia y los de validez; hecho esto, podremos emitir un juicio al respecto.

Además, debemos analizar el destino del producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; por ello es tan importante el análisis de si se puede celebrar contrato sobre esta situación, para determinar las obligaciones de las partes.

La maternidad subrogada tiene una importante diferencia con el denominado arrendamiento de vientre. En la maternidad subrogada la mujer que presta su vientre para gestar al hijo puede dar el óvulo o este elemento provenir de una tercera, con la finalidad de fecundarlo, ya sea con los espermatozoides del marido o concubinario o con los de un tercero; pero lo relevante está en la procedencia del óvulo, pues no pertenece a la mujer que pretende ser madre. Entonces estamos ante la siguiente situación: 1) Madre infértil e incapaz de gestar; 2) Padre y madre infértiles y madre incapaz de gestar. Lo interesante es si estamos ante un contrato y cuál será el destino, en cuanto a la filiación, del futuro hijo o hija.

La maternidad subrogada se ha presentado en varios países, por ejemplo:

“ a) Francia

---

<sup>1</sup> GAFO, Javier (editor). Autores varios. “Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho”. Edita publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid (UPCM). Madrid, España. 1986. Pág. 93.

1. En 1983 una gemela fue inseminada con el espermatozoides del marido de su hermana. El embarazo llegó a feliz término y la gemela subrogada hizo entrega del niño, apenas nacido, a su hermana estéril...

#### b) Gran Bretaña

La señora Kim Cotton, de veintiocho años, casada con dos hijos de ocho y cinco años, presta su útero a una matrimonio norteamericano mediando una agencia... para ser inseminada con el espermatozoides del esposo de la mujer estéril y con el compromiso de entregar el niño al nacer, interviniendo la cantidad de 2.800.000 pesetas, de las que la señora Cotton retenía 1.300.000 (además de vender la exclusiva del embarazo al Daily Star por 4.200.000 pesetas) y el resto 1.500.000, para la agencia...

#### c) Estados Unidos

1. Sherrg King, de treinta y cinco años, se presta a ser fecundada por el semen de su cuñado Ernie, marido de su hermana Carole, de treinta y nueve años, infértil a causa de una histerectomía. La primera inseminación concluye en aborto espontáneo, pero la segunda llegó felizmente a término...<sup>2</sup>

### III. ¿EL LLAMADO ARRENDAMIENTO DE VIENTRE ES EFECTIVAMENTE UN ARRENDAMIENTO?

#### 1. BREVE ESTUDIO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Es necesario dar la definición del contrato de arrendamiento, para ello recurrimos al artículo 2398 del Código Civil vigente para el Distrito Federal (C.C.V.D.F.): Hay contrato de arrendamiento, "... cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto".

#### A. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Debemos recordar que los elementos de existencia de los contratos se dividen en dos:

<sup>2</sup> GAFO, Javier (editor). Autores varios. Op. Cit. Pág. 89 y 90.

- El consentimiento; y
- El objeto (art. 1794 C.C.V.D.F.)

## a) EL OBJETO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

El objeto de los contratos se puede dividir en dos:

- El objeto jurídico (hay autores, como Sánchez Medal, que le llaman objeto – hecho).
  - El objeto material (Sánchez Medal le denomina objeto – cosa).
- El objeto jurídico u objeto hecho, a su vez podemos subdividirlo en:

- Objeto jurídico directo; y
- Objeto jurídico indirecto.

El Objeto jurídico directo. Consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones (art. 1793 del C.C.V.D.F.), pues como sabemos los contratos son una fuente de obligaciones y suponen este elemento.

Objeto jurídico indirecto. Radica en la cosa que se va a dar, o el hecho que se debe hacer o no hacer (art. 1824 del C.C.V.D.F.). No perdamos de vista que cuando se trate de obligaciones de “dar”, estas se refieren a las cosas; y si son las de “hacer o no hacer”, se refieren a hechos, ya sea en sentido positivo (hacer) o sentido negativo (no hacer). Las obligaciones de dar, están previstas en el artículo 2011 del ordenamiento antes citado, y que a la letra dice:

“Art. 2011. La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.”

Y las obligaciones de hacer o no hacer, aparecen en los artículos 2027 y 2028 del C.C.V.D.F.:

“Art. 2027. Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.”

“Art. 2028. El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruída a costa del obligado.”

El objeto material es precisamente aquello que se va a dar, o lo que se va a hacer o la conducta de la cual hay que abstenerse.

Estamos hablando del hecho positivo y negativo. El positivo, consiste en un dar o un hacer y el negativo en un no hacer.

El artículo 1827 del Código Civil establece condicionantes para que el hecho sea objeto de contrato:

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

- I. Posible;
- II. Lícito.”

Como observamos, se determinan dos puntos importantes para poder admitir al hecho (positivo o negativo) como objeto del contrato directo. El maestro Martínez Alfaro aclara que: “La posibilidad del objeto del contrato es jurídica y la del indirecto es de dos clases: física y jurídica”.<sup>3</sup>

El maestro citado nos señala en qué radican esas posibilidades. Primero hace referencia a la posibilidad del objeto directo, es decir, por lo que se refiere a crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones; a esto lo considera como una posibilidad jurídica, la cual consiste en: “... que la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones, sea compatible con la norma jurídica que va a regir el acto que tiene ese objeto y sin que tal norma constituya un obstáculo insuperable para la producción de los efectos jurídicos.”<sup>4</sup> Vg. Si una persona hiciera su testamento nombrando heredero universal a su primer nieto; pero al momento de su muerte, ninguno de sus hijos ha tenido prole, y dos meses después de fallecido el testador, tiene su primer mes de embarazo una de sus nueras, no podría hacerse efectivo lo indicado en el testamento; pues encontramos una imposibilidad jurídica por lo que se refiere al objeto directo del testamento, es decir transmitir; la norma jurídica se vuelve un obstáculo insuperable para la transmisión:

<sup>3</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. “Teoría de las obligaciones”. Ed. Porrúa, S. A. Sexta edición. México. 1999. Pág. 36.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

- En primer lugar, porque la herencia (en el artículo 1281) se determina como “ la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”. Para poder suceder al difunto se debe contar con personalidad; el artículo 1313 fracción I, indica:

“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 determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

#### I. Falta de Personalidad...”.

Este artículo nos hace comprender que a quien le falte personalidad, puede ser privado de un modo absoluto de la herencia que le corresponda.

- En segundo lugar el artículo 1314 nos indica quienes son incapaces para heredar por testamento o intestado, “a causa de falta de personalidad, los que estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos cuando sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.” Entonces entendemos que el testamento tiene un obstáculo insuperable, pues el nieto del difunto ni si quiera estaba concebido al momento de la muerte de aquél.

Ahora, por lo que se refiere a la posibilidad del objeto indirecto (la cosa o el hecho positivo o negativo), la posibilidad debe ser física y jurídica. Para estudiarlo el maestro Martínez Alfaro habla de la posibilidad física y jurídica de la cosa, y a parte la del hecho.

“La posibilidad física de la cosa consiste en que ésta exista en la naturaleza o sea susceptible de existir...”

La posibilidad jurídica de la cosa consiste en que sea determinada o determinable en cuanto a su especie y además que se encuentre dentro del comercio...”<sup>5</sup>

Entonces se requiere que la cosa objeto del contrato debe:

1º Existir en la naturaleza.

2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

3º Estar en el comercio. (Art. 1825 del C.C.V.D.F.)

---

<sup>5</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín . Op. Cit. Pág. 36.

En primer lugar, dice el artículo 1825 del Código Civil Vigente que la cosa debe existir en la naturaleza; pero también se establece en el mismo ordenamiento lo siguiente:

“Art. 1826. Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento.”

El punto tres del artículo 1825 del C.C.V.D.F., establece que el objeto del contrato debe estar en el comercio; y el artículo 747, del mismo ordenamiento jurídico, a la letra determina lo siguiente:

“Art. 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.”

Este artículo tiene conexión con el artículo 1825 del C.C.V.D.F., pues estamos ante el objeto de un contrato, y para poderlo ser debe estar necesariamente en el comercio.

El artículo 748 del C.C. apunta:

“Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.”

Éste nos indica que no todas las cosas están en el comercio.

Y el artículo 749 del C.C.V.D.F., nos indica cuáles son las cosas que están fuera del comercio.<sup>6</sup>

Antes de continuar, anotaremos lo que dice el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo sobre la diferencia de la in comerciabilidad y la inalienabilidad: “Incomerciable es lo que no es susceptible de apropiación particular porque la naturaleza o por la ley está fuera del comercio. En cambio lo inalienable está dentro del comercio pero para proteger a cierto tipo de personas la ley prohíbe su enajenación, gravamen o embargo. Un ejemplo son los inmuebles afectados al patrimonio de familia, los cuales pueden pertenecer al padre pero no se pueden vender, gravar o embargar.”<sup>7</sup>

Por lo que se refiere a la posibilidad jurídica, tratándose de una cosa determinada o determinable, encontramos que los grados son tres:

<sup>6</sup> Todas las clasificaciones están basadas en el libro del autor PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. “Contratos Civiles”. Ed. Porrúa, S.A. Tercera edición. México. 1995. Pág. 22 - 27.

<sup>7</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 27.

- Género
- Especie
- Individual.

Son muy importantes los grados, porque el género no es aceptado jurídicamente, pues esto lleva a que sea vago el señalamiento, el maestro José Barroso Figueroa, apunta que llevaría a gran confusión si se aceptara lo genérico, pues podría decirle una persona a otra: -te vendo un animal- y la otra acepta, la primera podría entregar, lo mismo daría, un elefante que una pulga. El autor Martínez Alfaro nos explica estos tres grados y la consecuencia de pactar sobre género:

“La determinación en género es vaga e imprecisa, consecuentemente, impide el cumplimiento de la obligación. La especie es una limitación del género; así, la determinación en especie se refiere a cosas fungibles que deben determinarse en cantidad, debiéndose ‘individualizar la cosa al momento de exigirse el cumplimiento’. La determinación individual corresponde a las cosas designadas, tanto por su especie, como por sus características que las distinguen de sus semejantes, impidiendo que se confundan con las demás.

Al disponer el código que la cosa debe ser determinada o determinable, exige que la determinación sea en especie o individual, el objeto genérico será imposible jurídicamente, en consecuencia el contrato es inexistente y también sería imposible el cumplimiento de la obligación cuyo objeto está determinado sólo en género...”<sup>8</sup>

Entendemos que si pactamos únicamente sobre el género de las cosas nuestro contrato sería imposible de cumplir.

Por último veamos la posibilidad física y jurídica del hecho:

“La posibilidad física consiste en que el hecho objeto del contrato esté de acuerdo con las leyes de la naturaleza, es decir que estas leyes permitan su realización, esto es, que no sea un impedimento u obstáculo insuperable para cualquier persona...

...el hecho objeto jurídico sea conforme a la norma jurídica que lo va a regir (artículo 1828), pues en caso de que ese hecho no se adecuó a la norma, ésta impedirá que se produzcan los efectos jurídicos del acto que tiene por objeto ese hecho que es jurídicamente imposible por ser incompatible con la norma

---

<sup>8</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op. Cit. Pág. 37.

de derecho; o sea la norma viene a ser obstáculo insuperable para la producción de los efectos jurídicos.”<sup>9</sup>

De lo que hemos visto respecto a la posibilidad jurídica observamos que puede surgir confusión entre lo que es ilícito y lo que es jurídicamente imposible, pues como estudiamos, es jurídicamente imposible aquello que es incompatible con la norma de derecho; y parecería que lo que es incompatible con la norma, es aquello que es ilícito. El autor Martínez Alfaro solventa esta duda:

“...debe distinguirse la imposibilidad jurídica de la prohibición, pues la imposibilidad consiste en la incompatibilidad del hecho con la norma jurídica que necesariamente debe regirlo, consecuentemente el hecho imposible es irrealizable; en cambio la prohibición obedece a que el hecho es ilícito, por ser contrario a las leyes de orden público; art. 1830; por tanto en la prohibición la norma jurídica precisamente prohíbe los hechos ilícitos que son posibles, pues ‘lo ilícito es lo posible prohibido’, en consecuencia, puede violarse la norma prohibitiva con la consiguiente sanción; así, hay muchas conductas que se pueden realizar y sin embargo no deben ejecutarse... la imposibilidad jurídica no se trata de prohibiciones sino de hechos irrealizables que no pueden producir efectos porque tienen como obstáculo insuperable a la norma jurídica... este tipo de hechos ‘contraría los presupuestos lógico-jurídicos de una norma que necesariamente debe regirlo; en consecuencia constituye un contrasentido o absurdo como sería la idea de un cuadrado redondo; por tal razón el legislador no se ocupa de prohibir los hechos imposibles; por lo que, estos hechos no violan la norma de derecho, sino que no se adecuan a ella.

... en la prohibición, el acto que tiene por objeto un hecho prohibido, o sea un objeto ilícito, existe, por consiguiente sí puede producir efectos por ser inexistente el acto cuyo objeto es imposible. El hecho prohibido es un objeto ilícito y según los arts. 1827, 1830, 2225 y 2226, la ilicitud en el objeto es causa de nulidad, pero permite que el acto produzca efectos provisionales; en cambio, cuando el objeto no es posible, ningún efecto se origina por la inexistencia del acto de acuerdo al art. 2224.”<sup>10</sup>

Ahora analicemos el objeto dentro del contrato de arrendamiento.

El objeto jurídico del contrato de arrendamiento:

---

<sup>9</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op. Cit. Pág. 38 y 39.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op. Cit. Pág. 40 y 41.

## - OBJETO JURÍDICO DIRECTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO:

Es la creación de obligaciones. Precisamente como hemos manifestado, los contratos sirven para producir o transferir obligaciones y derechos, y el contrato de arrendamiento no es la excepción, pues por medio de su creación se generan obligaciones y derechos, tanto para el arrendador, como para el arrendatario.

## - OBJETO JURÍDICO INDIRECTO.

Obligaciones de dar

### Arrendador:

- Conceder el uso, o bien el uso y goce temporal de una cosa (art. 2398 del C.C.V.D.F.).
- Entregar la cosa con todas sus pertenencias al arrendatario (art. 2412 frac. I del C.C.V.D.F.).
- Además tiene obligaciones accesorias, como pagar las mejoras (art. 2423 del C.C.V.D.F.).

### El arrendatario:

- Pagar la renta (art. 2425 del C.C.V.D.F.); y
- Restituir la cosa en el mismo estado en que se encontraba cuando se le entregó (art. 2442 del C.C.V.D.F.); e incluso, por el incumplimiento a este mandato se genera otra obligación de dar, que es el pago de daños y perjuicios, tal como lo dispone la siguiente tesis:

“ARRENDAMIENTO, INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA FINCA OBJETO DEL, POR CULPA DEL ARRENDATARIO. Si bien es cierto que el arrendatario ha recibido la finca, con expresa descripción de las partes de que se compone, debe devolverla al concluir el arrendamiento, tal como la recibió, y si no lo hiciera así, está obligado a responder de los perjuicios que la casa arrendada sufre por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios, como lo ordena la fracción II del artículo 2425 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, también lo es que los perjuicios de que se trata, deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse por tanto, no es de aceptarse que entre tales perjuicios, pueda catalogarse la falta de percepción de rentas por el arrendador, durante el tiempo transcurrido, a causa de un procedimiento judicial, si tal hecho

no se ha causado necesariamente por la sola culpa del inquilino sino que ha dependido también de la voluntad del arrendador, al no haberse conformado éste con las sentencias de primera y segunda instancias, dictadas en ese procedimiento ”

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo LXXIII. Página: 268. Tesis Aislada. TOMO LXXIII, Pág. 268.

Saldivar Luis G. Suc.- 3 de julio de 1942.- 5 votos.

#### Obligaciones de hacer

##### Arrendador:

- Conservar la cosa en el mismo estado en que la entrega (art. 2412, frac. II del C.C.V.D.F.). Esta consiste en lo siguiente: el arrendador, deberá entregar la cosa en el mejor estado para que pueda ser utilizada. Pero además debe, el arrendador, efectuar las reparaciones que sean necesarias para conservar la cosa, solamente cuando se trate de reparaciones relevantes.
- Garantizar el uso pacífico de la cosa (art. 2412, frac. IV del C.C.V.D.F.).

##### Arrendatario:

- Conservar la cosa arrendada. Debe conservarla como se le entregó y en caso de no hacerlo tendrá que responder por los perjuicios que sufra a causa suya (art. 2425 frac. II del C.C.V.D.F.)
- Hacer las reparaciones de poca importancia (arts. 2444 y 2467 del C.C.V.D.F.).
- Informar al arrendador la necesidad de hacer reparaciones (art. 2415 del C.C.V.D.F.)
- Informar al arrendador de toda usurpación o novedad dañosa (art. 2419 del C.C.V.D.F.)

#### Obligaciones de no hacer

##### Arrendador:

- No estorbar el uso de la cosa (art. 2412 frac. III del C.C.V.D.F.)

### Arrendatario:

- No darle un uso distinto al convenido (art. 2425 frac III del C.C.V.D.F.)
- No variar la forma del bien arrendado (art. 2441 del CC.C.V.D.F.)
- El objeto físico o material. Es la cosa dada en arrendamiento, que como sabemos debe ser posible y lícita (art. 1827 del C.C.V.D.F) y además debe:  
1º Existir en la naturaleza. 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3º Estar en el comercio (art. 1825 del C.C.V.D.F.)

El artículo 2400 del C.C.V.D.F. cuáles son los bienes susceptibles de darse en arrendamiento:

“Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse, excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales”.

## **b) EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.**

Debemos dar la definición de consentimiento:

“El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Este debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato.”<sup>11</sup>

El maestro Borja Soriano, señala cómo deben ser las manifestaciones de voluntad: “... es necesario que éstas tengan una manifestación exterior; la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él.”<sup>12</sup>

La manifestación del consentimiento es un punto medular, y puede hacerse de dos formas: expreso o tácito. El art. 1803 del C.C.V.D.F., a la letra establece:

“El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultara

<sup>11</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 22.

<sup>12</sup> BORJA SORIANO, Manuel. “Teoría general de las obligaciones.” Tomo primero. Ed. Porrúa, S.A. México. 1953. Pág. 209.

de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”

Notamos que la manifestación expresa del consentimiento puede darse por escrito o verbalmente; pero también señala que puede producirse por “signos inequívocos”, por ejemplo un simple movimiento afirmativo con la cabeza, tal como lo señala el autor Borja Soriano:

“... Todas estas maneras de manifestar el consentimiento se hacen con el fin de llegar a la celebración del contrato, son manifestaciones directas...”<sup>13</sup>

El consentimiento no solamente puede hacerse de manera expresa; sin embargo, no hay que confundirlo con el silencio. El autor Manuel Borja Soriano, determina que el silencio no es un consentimiento tácito: “El silencio es distinto del consentimiento tácito, porque éste es una manifestación de voluntad y el silencio no manifiesta nada... El silencio en sí mismo no produce la aceptación del contrato, sino por las condiciones en que el silencio se presenta y en virtud de las cuales se realiza una aceptación tácita.”<sup>14</sup>

De acuerdo al artículo 2547 del C.C.V.D.F., y en lo apuntado por el maestro Borja Soriano, podemos observar que el silencio, en sí, no es un consentimiento tácito, sino sólo cuando la ley lo establece como tal.

El consentimiento, al igual que en todos los contratos, es un elemento de existencia y se requiere para que se tenga por pactado algo. El autor Joel Chirino Castillo nos dice: “El consentimiento se forma por el acuerdo de voluntades manifestado en forma exterior cuando lo contratantes se han puesto de acuerdo en el precio y en el uso de la cosa, aunque no se haya entregado una ni satisfecho el otro.”<sup>15</sup>

El consentimiento en el arrendamiento tiene que manifestarse tácita o expresamente, cuando las partes llegan a un acuerdo sobre la cosa que se dará en arrendamiento y lo que se pagará por el uso de ella

El artículo 2224 señala que: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

<sup>13</sup> BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 210.

<sup>14</sup> BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 211.

<sup>15</sup> CHIRINO CASTILLO, Joel. “Derecho civil III. Contratos civiles”. Primera edición. México. 1986 Pág. 117.

De acuerdo con lo anterior, tanto el consentimiento como el objeto, son sumamente importantes, pues la ausencia de alguno de ellos trae como consecuencia la inexistencia del contrato.

## **B. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.**

### **a) LA CAPACIDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.**

El maestro Borja Soriano define capacidad como: "...la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer."<sup>16</sup>, y agrega que la capacidad se divide en: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

Ambas son muy importantes. El doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, define a la capacidad de goce como: "... la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La regla general es que todos los individuos son capaces desde su nacimiento; la excepción es la incapacidad..."<sup>17</sup>

Vemos que la excepción a la capacidad es la incapacidad; entonces encontramos incapacidad de goce e incapacidad de ejercicio.

En el caso de la incapacidad de goce, tanto el maestro Borja Soriano como Pérez Fernández, presentan como ejemplo de incapacidad de goce la situación de los extranjeros, la cual es establecida por el artículo 27 frac. I de la Constitución Política Federal, cuando enuncia: "En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas." Como observamos, los extranjeros, no tienen la posibilidad de adquirir sobre estas porciones establecidas por la carta magna.

La otra capacidad es la de ejercicio y ésta la hay: "... cuando la persona puede ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones."<sup>18</sup>

<sup>16</sup> BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit Pág. 274.

<sup>17</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 28

<sup>18</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo Op. Cit. Pág. 28.

En este caso, no sólo puede la persona ser titular de derechos y obligaciones, sino él mismo puede defenderlos y cumplir con sus obligaciones. A su vez, la incapacidad se puede dividir en dos:

- Incapacidad general; e
- Incapacidad especial

La incapacidad general. Es la que aparece en el artículo 450 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. El artículo 450 hace una subclasificación:

- Incapacidad natural; e
- Incapacidad legal.

La incapacidad legal la poseen los que aparecen en la frac. I del artículo 450 del C.C.V.D.F., es decir, los menores de edad.

La incapacidad natural, la tienen los enunciados en el artículo 450 frac. II del C.C.V.D.F. que a la letra dice:

“Art. 450. Tiene incapacidad natural y legal:

I ..

- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”

Las personas que tienen incapacidad general, pueden actuar defendiendo y cumpliendo sus derechos y obligaciones por conducto de su representante (art. 23 del C.C.V.D.F.).

Ahora estudiemos la capacidad en el contrato de arrendamiento.

Para celebrar un contrato de arrendamiento, se debe contar con capacidad de ejercicio.

El maestro Castillo Chirino señala que para ser arrendador se requiere: “... de la capacidad de ejercicio y la facultad de disposición de los bienes que pretenda arrendar...”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> CHIRINO CASTILLO, Joel. Op. Cit. Pág. 120.

La capacidad de ejercicio ya la comentamos, pero nos parece importante observar el término de: “disposición de los bienes”, ya que ello no implica ser dueño, pues sólo se necesita tener la posibilidad de poder darlos en arrendamiento, pues así se desprende del artículo 2410, que a la letra dice:

“El que no fuere dueño de la cosa podrá arrendarla si tiene facultad para celebrar ese contrato, ya en virtud de autorización del dueño, ya por disposición de la ley.”

Lo anterior implica que en el contrato de arrendamiento pueden intervenir los representantes (quienes estén facultados para este acto, sobre el bien determinado); y el contrato celebrado por estas personas tiene validez.

Lo que puede quebrantar la posibilidad de arrendar, es el tiempo. Así, aunque se tenía capacidad para arrendar, ahora ya no:

“Art. 436. Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor de que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.”

“Art. 573. El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado, por más de cinco años, sino en caso de necesidad o utilidad, previos el consentimiento del curador y la autorización judicial, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 564.”

El tutor se ve impedido para arrendar ilimitadamente los bienes del incapacitado.

“Art. 574. El arrendamiento hecho de conformidad con el artículo anterior subsistirá por el tiempo convenido, aun cuando se acabe la tutela; pero será nula toda anticipación de renta o alquileres por más de dos años.”

“Art. 1721. El albacea sólo puede dar en arrendamiento hasta por un año los bienes de la herencia. Para arrendarlos por mayor tiempo, necesita del consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso.”

El albacea tiene la libertad de arrendar por un año; para arrendar por mayor tiempo requerirá la autorización de los herederos o legatarios.

Hay otros quienes pueden dar en arrendamiento, pero para ello se requiere que se cumplan algunos requisitos:

“Art. 2403. No puede arrendar el copropietario de cosa indivisa sin consentimiento de los otros copropietarios.”

En este caso, el copropietario debe solicitar la opinión de los otros copropietarios.

“Art. 1002. El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo.”

Así que otro de los facultados para arrendar, es el usufructuario; y tiene como límite la duración del usufructo.

“Art. 2480. El arrendatario no puede subarrendar la cosa arrendada en todo, ni en parte, ni ceder sus derechos sin consentimiento del arrendador; si lo hiciere, responderá solidariamente con el subarrendatario de los daños y perjuicios.”

El arrendatario, puede también subarrendar el bien que tiene arrendando, pero para hacerlo requiere del consentimiento del arrendador.

La capacidad para ser arrendatario:

En general, se puede decir que pueden ser arrendatarios, todos aquéllos quienes poseen capacidad de ejercicio; sin embargo, hay excepciones a esta regla:

“Art. 569. Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se remueva.”

El tutor, sus ascendientes de éste, su cónyuge, sus hijos o sus hermanos por consanguinidad o afinidad, se encuentran impedidos para ser arrendatarios del incapacitado.

“Art. 2404. Se prohíbe a los magistrados, a los jueces y a cualesquiera otros empleados públicos tomar en arrendamiento, por sí o por interpósita persona, los bienes que deban arrendarse en los negocios en que intervengan.

Los magistrados, jueces y demás empleados públicos no pueden ser arrendatarios por ellos mismos, o por interpósita persona; sobre bienes en los que ellos intervengan como autoridad.”

“Art. 2405 Se prohíbe a los encargados de los establecimientos públicos y a los funcionarios y empleados públicos tomar en arrendamiento los bienes que con los expresados caracteres administren.”

Los encargados de los establecimientos públicos, funcionarios y empleados públicos, están incapacitados para ser arrendatarios; sobre bienes que administren como autoridad.

El maestro Joel Chirino Castillo, determina como esencial la no violación a estas prohibiciones: “ La violación a estas prohibiciones producirá la nulidad absoluta del contrato.”<sup>20</sup>

Ahora observemos la nulidad cuando hay incapacidad:

“Art. 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.”

La incapacidad, como señala el artículo, provoca nulidad relativa.

¿Quién puede invocar la nulidad?. El artículo 2230 del Código Civil nos responde:

“Art. 2230. La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.”

---

<sup>20</sup> CHIRINO CASTILLO, Joel. Op. Cit. Pág. 121.

Cuando hay incapacidad, ¿puede continuarse con el trato?; si es así, ¿qué se requiere?. El artículo 2233 del Código Civil, indica que.

“Cuando el consentimiento es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concorra otra causa que invalide la confirmación.”

¿Cómo se da la ratificación tácita?. El artículo 2234 del Código Civil, determina que:

“El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquiera otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.”

Y, ¿qué ocurre con los derechos de terceros?. El artículo 2235 del Código Civil, tiene la respuesta al señalar que:

“La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero.”

En el caso de la incapacidad, ¿Cuál es el tiempo que se tiene para intentar la acción?. El artículo 2236 del Código Civil, establece:

“La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurra esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido.”

Una vez anulado el acto, ¿qué obligación tienen las partes?. Nuevamente el Código Civil tiene la respuesta. El artículo 2239 apunta:

“La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.”

## **b) LA AUSENCIA DE VICIOS DE VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**

El artículo 1812 del C.C.V.D.F., establece como vicios del consentimiento: el error, la violencia y el dolo; algunos autores consideran dentro de estas a la lesión.

## ERROR

Ahora debemos conocer el concepto de error, para ello tomaremos la definición dada por el maestro Gutiérrez y González:

"EL ERROR ES UNA CREENCIA SOBRE ALGO DEL MUNDO EXTERIOR O INTERIOR FÍSICO, QUE ESTA EN DISCREPANCIA CON LA REALIDAD, O BIEN ES UNA FALSA O INCOMPLETA CONSIDERACIÓN DE LA REALIDAD. PERO SIEMPRE, AUNQUE ESTE EN ERROR, SE TIENE UN CONOCIMIENTO, EQUIVOCADO, PERO UN CONOCIMIENTO AL FIN Y AL CABO."<sup>21</sup>

Hay diversas especies de error, el maestro Borja Soriano los señala así:

"a) De aritmética, o sea de cálculo: 'El error material de aritmética sólo da lugar a su reparación' (art. 1296, C. A.), o en otros términos: 'El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique' (art. 1814, C.V.)

b) De hecho. Este error recae sobre hechos materiales (Colin et Capitant, t. II, núm. 32).

c) De derecho. Que recae sobre una regla de derecho."<sup>22</sup>

El error de hecho se divide en tres: Error obstáculo, error nulidad y error indiferente.

### Error obstáculo

El error obstáculo no permite que se forme el contrato, pues puede considerarse que si se presenta no hay consentimiento y por lo tanto, se está ante un contrato inexistente. Se dice que no hay un consentimiento real, porque existe error en la naturaleza del contrato o error en cuanto al objeto del mismo. Así, puede la persona creer que se hace un contrato, el cual no se esté efectuando; *verbi gratia*, tenemos una persona quien cree se le vende la leche y el otro cree que se la regalan; entonces, en lugar de estar haciendo un contrato de compra-venta, creará que hace uno de donación. Estaremos ante un error sobre la naturaleza del contrato; pensemos en otro ejemplo, un sujeto que tenga dos caballos de color negro con una mancha blanca en el ojo izquierdo; pero uno de ellos tiene cuatro premios ganados y cuando éste le ofrece a otro que le compre el caballo negro con la mancha blanca en el ojo izquierdo, acepta convencido que se trata del caballo ganador de los cuatro premios; cuando se

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las obligaciones". Ed. Porrúa, S.A. Décima edición. México. 1995. Pág. 327.

<sup>22</sup> BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 245.

le va a entregar, se percata del error al no entregársele la garantía de los cuatro premios ganados; por lo tanto, hay error en el objeto.

### Error nulidad

El artículo 1813 del C.C.V.D.F., nos señala el error nulidad; es decir, cuando existiendo éste, trae como consecuencia la invalidez del contrato. Existe el error nulidad, cuando recae sobre “el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan”. Esto significa, que basta con que haya error sobre el motivo determinante de la aceptación, en la celebración del contrato, para lograr se invalide el mismo. Por ejemplo, pensemos que María Nuñez compró un vestido, el cual según ella, cree perteneció a Frida Kahlo, y como María Nuñez es “la admiradora número uno de la pintora Frida Kahlo”, quiere comprar el vestido; e incluso es de fama popular su admiración por ella, y su manía y posibilidad de comprar las cosas ofertadas, cuya propietaria haya sido Frida Kahlo; pero posteriormente, se revela que ese vestido nunca perteneció a Frida. Aquí, María Nuñez podrá solicitar la nulidad del contrato, precisamente porque lo efectuó creyendo que el vestido había pertenecido a Frida Kahlo. El artículo 1813 del C.C.V.D.F., establece que: se invalidará el contrato “... si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

En el ejemplo puesto se nota que la causa que motiva la celebración del contrato, es la supuesta antigua pertenencia del objeto a Frida Kahlo.

### Error indiferente

Este error no trae consigo la invalidez, pues existe cuando hay confusión sobre cuestiones no tan relevantes, como lo son: las características secundarias del objeto o motivos que no son determinantes en el contrato.

### Error de derecho

Este error trae la nulidad del contrato, tal como lo dispone el artículo 1813 del C.C.V.D.F.: “El error de derecho o de hecho inválida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.” Es parecido al error de hecho, en cuanto a la regulación del Código Civil vigente del Distrito Federal, pues para ambos

produce el mismo efecto, cuando recaiga el error sobre el motivo determinante de la voluntad para celebrar el contrato.<sup>23</sup>

## DOLO

Dentro del error, dice el maestro Borja Soriano, se consideran dos figuras:

- El dolo
- La mala fe

Cabe señalar que para el autor Borja Soriano, el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que los ve como fuentes para producir error

Para el autor antes citado, el dolo y la mala fe producen las mismas consecuencias, pero al dolo lo considera activo y a la mala fe pasiva. El artículo 1815 del C.C.V.D.F., dice lo que se debe entender por dolo:

“Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...”

El mismo artículo da la definición de mala fe:

“... y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

Se comprende por qué para el maestro Borja Soriano el dolo es activo, pues para inducir al error se requiere de un hacer. En el caso de la mala fe, se necesita de un no hacer para lograr que se produzca el error, pues la persona está en error y simplemente no se le saca de él.

El dolo o mala fe en los contratos, traen como consecuencia la nulidad del mismo. El artículo 1816 del C.C.V.D.F. establece:

“El dolo o mala fe de una de la partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla, anulan el contrato si ha sido causa determinante de este acto jurídico.”

Es muy importante lo aportado por el artículo 1816 del C.C.V.D.F., precisamente porque se está castigando a quien actúa con dolo por sí o por tercero; por ello se puede declarar la nulidad del contrato, ejemplo: una persona quien vende una cadena y dice que es efectivamente oro; y la compra otra

---

<sup>23</sup> Cfr. BORJA SORIANO, Manuel. Op. Cit. Pág. 245 – 250.

persona, pues piensa que el metal del cual está hecho el objeto es de oro o una persona que le dice a otra que hay quien vende cadenas de oro, buenas, baratas y resistentes, y es mentira; pero basada en los comentarios sobre las cadenas, compra una, y al descubrir que dicha cadena no era de oro, y tampoco resistente, decide anular el contrato de compraventa sobre el bien; podría hacerlo sustentándose en el artículo 1816 del C.C.V.D.F. Cabe señalar que no se puede pactar en las cláusulas del contrato, la renuncia a recurrir a la nulidad del mismo en lo futuro, si llegare a aparecer que se incurrió en dolo (art. 1822 del C.C.V.D.F.).

El artículo 1817 del C.C.V.D.F. a la letra dice:

“Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones.”

Esta consigna es muy importante, pues interpretado en sentido contrario, establece la sanción que se puede pedir en contra de una persona que procede con dolo; así pues, se puede solicitar, en oposición al dolo, la nulidad del contrato y también se puede reclamar la indemnización. Pero en el supuesto en el cual ambas partes actúen con dolo, ninguna de ellas puede solicitar la nulidad del contrato o reclamar indemnizaciones.

## *VIOLENCIA*

La definición de violencia aparece en el artículo 1819 del C.C.V.D.F. el cual indica que:

“Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

Es otro elemento importante para considerar que hay vicios en el consentimiento y, por lo tanto, se origine la nulidad del contrato, el art. 1818 del C.C.V.D.F., establece:

“Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.”

De este artículo se desprenden varios señalamientos:

- Que el contrato efectuado con violencia, trae como consecuencia la nulidad

- A quiénes se considera que pueden ejercer violencia: los contratantes o un tercero, ya sea que éste tenga interés o no en el contrato. Basta con que haya violencia para que cualquiera de los interesados pueda solicitar la nulidad del contrato.

Sin embargo, la ley establece un caso en el cual no se puede, ni debe considerarse que hay violencia, el art. 1820 del C.C.V.D.F., establece:

“El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.”

Se le llama “temor reverencial”, cuando una persona no protesta o no se inconforma por no molestar, o por no ser rechazado, a otro a quien le tiene respeto. Veamos un ejemplo de cada uno.

#### Violencia:

Pensemos en una persona, que le ofrece venderle un carro a otra; pero la otra titubea y dice que lo va a pensar; entonces, el vendedor dice – si no me compras el carro voy a matar a tu esposa-; así pues quien se siente presionado acepta comprar el auto, aún cuando el precio es muy elevado; pero con tal de que no le ocurra nada a su esposa acepta y lo compra. Esta persona podría solicitar la nulidad del contrato (art. 1818 del C.C.V.D.F.) precisamente, por que medió violencia, es decir, amenazas que importaban peligro de perder la vida a su cónyuge.

#### Temor reverencial:

Por otro lado está el temor reverencial. Podría ser el caso, en el cual un muchacho que tiene un profesor al que aprecia y respeta; el segundo le ofrece que compre una bicicleta al primero, y por temor a que el profesor lo desprecie no rechaza la oferta y acepta comprar la bicicleta; aunque posee del mismo estilo cuatro. No por esta circunstancia se considera que hay violencia; es temor reverencial, pero por esto no se puede decir que se anula el contrato, pues el artículo 1820 del C.C.V.D.F., señala claramente que no se vicia el consentimiento.

Tampoco se puede considerar que hubo violencia o dolo, cuando:

“Art. 1821. Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la

celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia.”

En este contrato, tampoco se pueden establecer cláusulas para renunciar al derecho de reclamar la nulidad cuando surja violencia en un futuro (art. 1822 del C.C.V.D.F.). Por último, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, advierte que quien conozca el dolo o una vez terminada la violencia, ratifica el contrato no podrá reclamar después a causa de ella (art. 1823 del C.C.V.D.F.).

## LESIÓN

El maestro Borja Soriano, nos indica que la lesión es otro de los vicios del consentimiento, pues habiéndola, se otorga un consentimiento cuya validez puede ser cuestionada.

Primero conozcamos qué es lesión:

“Art. 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.”

El maestro Borja Soriano, considera a la lesión como un vicio subjetivo y objetivo; es subjetivo, porque el artículo 17 del C.C.V.D.F. indica las características de la persona perjudicada; es decir, que debe tratarse de un individuo con “suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria”, características que van a ser explotadas por otra persona; pero a la vez la lesión es un vicio objetivo, porque también señala el fin que se persigue al explotar las características del perjudicado; es decir, obtener “un lucro excesivo, que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga”.

De la redacción del artículo 17 del C.C.V.D.F., se desprende que la persona perjudicada tiene dos opciones a elegir, si él lo desea:

- La nulidad del contrato; o
- La reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

### **c) LA LICITUD EN EL OBJETO O MOTIVO O FIN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.**

El artículo 1827 frac. II del Código Civil, marca que el objeto del contrato debe ser "lícito". La pregunta podría ser ¿y qué debemos considerar que es lícito? Interpretado en sentido contrario el artículo 1830 del C.C.V.D.F., observa que. "Es lícito el hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

La ilicitud trae como consecuencia la nulidad del acto.

"Art. 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

Vale la pena recordar lo anotado por el maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, sobre los tipos de ley, pues el artículo 8 del C.C.V.D.F. alude a las: "leyes prohibitivas". El maestro antes citado señala que: "podemos clasificar las leyes en: permisivas, que son las que suponen la voluntad de las partes; prohibitivas que limitan la actuación de los particulares por ir en contra del interés general; y preceptivas que son las que interesan más a la sociedad que a los particulares como por ejemplo las leyes constitucionales, administrativas..."<sup>24</sup>

El artículo 1795 en la fracción III del C.C.V.D.F., establece que el contrato será inválido cuando su objeto, o su motivo o fin sea ilícito. Entonces, la ilicitud trae consigo la invalidez del contrato y su nulidad (Art. 1830 del C.C.V.D.F.).

No sólo el objeto (tanto material como jurídico) debe ser lícito. El artículo 1831 del C.C.V.D.F., establece que:

"El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."

Tanto la razón que motiva la celebración del contrato, como lo pretendido con éste, debe ser lícito; es decir, debe estar acorde a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

Son importantes los efectos que conlleva la ilicitud en el objeto o motivo o fin. El artículo 1813 del C.C.V.D.F., a la letra indica:

---

<sup>24</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 35.

“El error de derecho o de hecho inválida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

Cuando el error de hecho o de derecho, sea la razón por la cuál se celebra el contrato y se declara que se pacta por esa razón, o se prueba que por esa circunstancia se contrató, entonces se invalidará el contrato.

El artículo 2225 establece que:

“La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”.

Artículo 2226 del C.C.V.D.F., señala lo que es la nulidad absoluta y el artículo 2227 del mismo ordenamiento, lo que es la nulidad relativa:

“Art. 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.”

“Art. 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.”

Son entonces, estas dos, las posibles sanciones a la ilicitud del objeto, motivo o fin del contrato.

#### **d) LA FORMA REQUERIDA PARA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.**

El contrato de arrendamiento debe cumplir con las siguientes formalidades, veamos.

El artículo 2406 del C.C.V.D.F., apunta que:

“El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta pase de cien pesos anuales.”

Se observa que si la renta es menor o igual a la cantidad de cien pesos anuales, entonces se podrá hacer un contrato verbal; pero excediendo la cantidad de cien pesos anuales, el contrato necesariamente será por escrito. En caso de incumplimiento, traerá como consecuencia la nulidad relativa por la falta de forma.

En caso de que el predio sea rústico y la renta fuese superior a cinco mil pesos anuales, el contrato se hará en escritura pública (Art. 2407).

Tratándose de fincas urbanas destinadas a la habitación, se hará por escrito, y en caso de que no se haga contrato por escrito, la falta de formalidad se le imputará al arrendador, tal como lo dispone el artículo 2448 – F del Código Civil:

“Para los efectos de este capítulo el contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito, la falta de esta formalidad se imputará al arrendador.

El contrato deberá contener, cuando menos, las siguientes estipulaciones:

- I. Nombres del arrendador y arrendatario.
- II. La ubicación del inmueble.
- III. Descripción detallada del inmueble objeto del contrato y de las instalaciones y accesorios con que cuenta para el uso y goce del mismo, así como el estado que guardan.
- IV. El monto de la renta.
- V. La garantía en su caso.
- VI. La mención expresa del destino habitacional del inmueble arrendado.
- VII. El término del contrato.
- VIII. Las obligaciones que arrendador y arrendatario contraigan adicionalmente a las establecidas en la ley.

Además el arrendador debe: “... registrar el contrato de arrendamiento ante autoridad competente del Gobierno del Distrito Federal. Una vez cumplido este requisito, entregará al arrendatario una copia registrada del contrato.”

El arrendatario tendrá acción para demandar el registro mencionado y la entrega de la copia del contrato.

Igualmente, el arrendatario tendrá derecho para registrar su copia del contrato de arrendamiento ante la autoridad competente del Gobierno del Distrito Federal (Art. 2448 – G).

Puede entonces notarse que se trata de una obligación que tiene el arrendador, y en caso de no hacerlo, el arrendatario podrá solicitar se cumpla con el registro y se le entregue su copia

Quienes podrán oponer la falta de formalidad, son todos aquellos que tienen el carácter de interesados en el acto, en cuyo caso podrán reclamar la nulidad del mismo (Art. 2229 del C.C.V.D.F.).

Como vimos, el artículo 2228 del C.C.V.D.F., establece como sanción a la falta de forma que no sea solemne, la nulidad relativa. Con base en esto, el artículo 2231 del C.C.V.D.F., determina que la nulidad que resulte por la falta de forma podrá extinguirse confirmando el acto.

Por lo que se refiere a la formalidad, las partes pueden exigir que se le dé la requerida por la ley al acto, según el artículo 2232. Como puede notarse, la ley también establece que aún cuando el acto carezca de la formalidad requerida, y que por esta se produzca nulidad; siempre y cuando no se trate de un acto revocable, y la voluntad de las partes haya quedado clara y no habiendo retractación, se puede solicitar que se dé la formalidad requerida por la ley, al acto.

Suponiendo que se declare la nulidad, las partes están obligadas a restituir lo que han recibido en virtud del cumplimiento del contrato anulado (Art. 2239).

Estudiemos ahora la nulidad que se produce por los vicios del consentimiento:

"Art. 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."

¿Por quién se invoca la nulidad?

"Art. 2230. La nulidad por la causa de error, dolo violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz."

¿Se puede confirmar el contrato cuando haya violencia o error?

"Art. 2233. Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación."

Se puede dar la ratificación tácita:

“Art. 2234. El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquiera otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.”

¿Qué ocurre con los derechos de terceros?

“Art. 2235. La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero.”

¿Cuál es el plazo que se tiene para ejercitar la acción de nulidad?

“Art. 2236. La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurra esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días contados desde que el error fue conocido.”

Tratándose de la violencia hay prescripción para ejercer la acción de nulidad:

“Art. 2237. La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia prescribe a los seis meses, contados desde que cese ese vicio del consentimiento.”

¿ Se generan derechos y obligaciones entre las partes a causa de la anulación?

“Art. 2239. La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.”

“Art. 2241. Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte.”

La nulidad producida por el dolo, la violencia, la incapacidad y la lesión, es una nulidad relativa (art. 2228 del C.C.V.D.F.). Es nulidad relativa porque puede desaparecer con la confirmación o la prescripción (arts. 2226 y 2227 del C.C.V.D.F.). El artículo 17 abre la posibilidad de continuar con el contrato; el último párrafo, establece que prescribe en un año la posibilidad de solicitar la nulidad o la reducción del lucro desproporcionado y el pago de daños y perjuicios por lesión.

Al igual que en el error, el dolo, la violencia y la incapacidad, la nulidad sólo podrá solicitar la persona que la ha sufrido. Cabe señalar que el artículo 2234 del C.C.V.D.F., establece que por medio del cumplimiento voluntario, o por medio del pago, o la novación o por cualquier otro modo, se considera que hay una ratificación tácita, por lo cual se extinguiría la acción de nulidad.

Cuando se declare la nulidad, ambos contratantes deberán restituirse lo que han recibido o percibido como consecuencia del acto anulado (art. 2239 del C.C.V.D.F.). Además encontramos, que así como los contratantes están obligados a restituir todo lo percibido en virtud del contrato, no se le podrá obligar a uno de ellos a la devolución de lo que está obligado, cuando el otro no cumpla también con la devolución.

Para que el contrato de arrendamiento pueda tener validez, se requiere que no haya error (ya sea aritmético, de hecho o de derecho), dolo, mala fe, o violencia, para que se pacte; si lo hay, estaremos ante un contrato inválido y ante un contrato contra el cual se puede solicitar la nulidad, y en algunos casos hasta indemnización; esto tratándose de violencia o dolo.

## **2. ¿CABE LA FIGURA DEL LLAMADO “ARRENDAMIENTO DE VIENTRE” EN EL ESQUEMA PROPIO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO?**

Una vez hecho el análisis del contrato de arrendamiento y sus elementos, podemos hacer una evaluación para determinar si es posible seguir llamando arrendamiento de vientre a la figura que nos ocupa.

Análisis de los elementos de existencia en el llamado contrato de arrendamiento de vientre.

Como sabemos y hemos estudiado, los elementos de existencia son dos:

- El consentimiento
- El objeto.

Jurídicamente, el consentimiento está previsto en el RLGS MIS en el artículo 43, donde se prevé la posibilidad de llevar a cabo la fertilización asistida y la obligación de otorgar el consentimiento.

Sin embargo, debemos mencionar que en el caso del arrendamiento de vientre para llevarlo a cabo son varios los consentimientos que se deben

obtener, deberán dar consentimiento la mujer y el hombre, que pretenden tener hijo y la mujer que prestará su vientre para gestarlo.

Al hacer el "contrato de arrendamiento de vientre", se tendrá que pactar el consentir no sólo en gestar al hijo, sino también el entregarlo a la pareja que busca tenerlo.

Es de suma importancia el consentimiento, pues de acuerdo al artículo 293 párrafo segundo del C.C.V.D.F., se considera que hay parentesco consanguíneo entre el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida y quienes las consienten. Así que como puede notarse, en virtud del consentimiento, el hijo o hija tiene dos posibles mamás y un papá o dos. Tiene como mamá a la mujer quien busca tener el hijo, y la que lo gesta, pues fue necesario que diera su consentimiento para que se usara su vientre para gestar al hijo, y claramente, el artículo 293 segundo párrafo, señala que se genera parentesco entre el hijo producto de las técnicas de reproducción asistida y quienes consientan la aplicación de dichas técnicas. Pero también tiene dos papás. Si el hombre consiente, ya sea marido o concubinario de la mujer, que busca tener un hijo, también aparecerá como papá. Además, gracias al consentimiento de la mujer quien presta su vientre para gestar, de acuerdo al artículo 324 del C.C.V.D.F. (donde se presume que se consideran hijos de los cónyuges los nacidos dentro de matrimonio), el esposo de la mujer que gesta también será el papá.

Por esta razón el consentimiento es la columna vertebral de esta forma de reproducción asistida, pues como vimos, si faltara estaríamos ante un acto inexistente por carecer de un elemento esencial, como lo es el consentimiento.

En este contrato de arrendamiento, si es que lo es, el consentimiento no podría ser tácito, tendría que ser expreso, tal como lo ordenan el Código Civil en su artículo 326 y el RLGSMSIS en el art. 43. En cambio en el contrato común de arrendamiento el consentimiento puede ser tácito o expreso.

En el caso del consentimiento en el arrendamiento común, se forma cuando se pacta sobre la cosa que se da en arrendamiento y lo que se paga por ella. Pero tratándose del arrendamiento de vientre no bastará con eso, pues como ya mencionamos, se debe poner que se entregará al producto de las técnicas de reproducción no natural cuando nazca, a la pareja que pagó a la mujer para que lo gestara.

## OBJETO DEL CONTRATO

Es aquí donde viene el problema real sobre considerar si es o no un contrato de arrendamiento, el llamado "arrendamiento de vientre".

No perdamos de vista lo que es el contrato de arrendamiento, es decir, aquél en el cual una de las partes se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa, mientras que la otra se obliga a pagar por el uso o goce de esa cosa, un precio cierto.

Primero debemos ponernos de acuerdo sobre lo que podríamos considerar el objeto que se va arrendar y por el cual se pagará un precio cierto. Nosotros pensamos que el objeto que se pretende arrendar es "el vientre de una mujer", precisamente de ahí que se le denomine a esta forma de reproducción asistida "arrendamiento de vientre"; analicemos el objeto del contrato.

### El objeto jurídico directo

Consiste en que se crean derechos y obligaciones para la mujer quien dará en arrendamiento su vientre. Se crean obligaciones recíprocas para ambos contratantes. Así que en virtud de este contrato, se crearía el derecho de usar el vientre, la obligación de pagar por él, el derecho de recibir el pago y la obligación de permitir el uso de vientre para gestar una nueva vida.

### Objeto jurídico indirecto

Obligaciones de dar. La arrendadora.

La mujer que arrienda su vientre deberá conceder el uso y goce temporal del mismo, en este caso será un uso o goce por el tiempo que dure la gestación, hasta que nazca el producto; es decir, hasta que se desprenda, el producto de las técnicas de reproducción no natural, enteramente del seno materno (art. 2398 del C.C.V.D.F.). Lo difícil es tratar de aplicar el artículo 2412 fracción I del C.C.V.D.F., es decir, cómo podrá el arrendador, en este caso la mujer quien presta su vientre, "entregar el mismo con todas sus pertenencias". De igual forma, la aplicación del artículo 2423 del Código Civil, es un tanto complicado, pues la mujer que da en arrendamiento su vientre, tiene la obligación accesoria de pagar cualquier mejora que pueda hacersele a su vientre. Además, si fuese contrato, debería agregarse otra obligación, la de dar, en este caso, el arrendador, el producto de las técnicas de reproducción asistida.

## Las obligaciones de dar del arrendatario.

Como primera obligación, la pareja deberá pagar la renta por el uso y goce del vientre (Art. 2425 del C.C.V.D.F.). Cabe mencionar que en estos casos, generalmente, se pacta un precio o una cantidad determinada por el uso y goce temporal del vientre, con lo que no hay pago periódico, sino total, por un tiempo que aún no es determinado, ni preciso.

Otra obligación de dar que tiene el arrendatario, es la de devolver la cosa dada en arrendamiento, en el mismo estado en el cual se encontraba cuando se le entregó. La cuestión que llama la atención, es que la cosa nunca se podría separar de la supuesta arrendadora, precisamente porque es parte de su cuerpo; en este caso la obligación de devolver la cosa (el vientre) en el estado en el cual se encontraba es un tanto curiosa, pues una vez que se tiene un hijo, es tardado el proceso para tener la misma figura que se tenía; además, durante el embarazo tendría que usar pomadas para evitar las estrías, bajar la grasa; en ese caso la pareja, atendiendo el artículo 2442 del C.C.V.D.F., deberá tomar precauciones para comprarle las pomadas y comprometerse, si es necesario, a tratamientos de reducción de grasa y estrías hasta que llegue a tener la misma figura.

## Obligaciones de hacer del arrendador

- La arrendadora, es decir, la mujer quien presta su vientre para gestar el producto de las técnicas de reproducción no natural, deberá, de acuerdo con el artículo 2412 fracción III del C.C.V.D.F., conservar la cosa (en este caso el vientre), en el estado original, sólo que en este caso no se podría decir: "en el mismo estado en que la entrega", pues cuando la empieza a usar el hijo o hija producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se ve modificado. La obligación de la arrendadora (la mujer quien presta su vientre), consiste en entregar la cosa, el vientre, (mismo que entrega virtualmente), en el mejor estado para ser utilizado, por lo que la mujer quien presta su vientre deberá efectuar las "reparaciones" necesarias para conservarlo siempre y cuando se trate de reparaciones relevantes. Sin embargo, creemos que los beneficios serían para el producto de las técnicas de reproducción no natural y sólo que fueran superficiales, como por ejemplo, en beneficio de la figura de la mujer quien presta su vientre, deberán correr a cargo de ella; entonces sería lógico que los gastos corrieran a cargo de la pareja que contrató a la mujer que prestó su vientre, cuando sean "reparaciones de relevancia", por ejemplo cuando peligre la vida del hijo; pero jurídicamente es así.

- Otras obligaciones que tiene la mujer, quien presta su vientre es la de garantizar el uso pacífico de la cosa, es decir, que no debe estorbar al uso del vientre; pero en este caso podría equivaler a no abortar o efectuar actos que atenten contra la vida del producto de las técnicas de reproducción no natural, pues incluso puede incurrir en un delito.

#### Obligaciones de hacer del arrendatario

- Debe conservar la cosa en el estado en que se le entregó; así pues, la pareja que contrata con la mujer debe mantener la cosa, o sea el vientre, en el mismo estado en que se le entregó. Resulta difícil este mandato, pues el embarazo es un hecho biológico que puede notarse por el cambio que sufre el cuerpo, al desarrollarse el ser que se lleva dentro; así que no se estará en el mismo estado como cuando se le deposita el óvulo fecundado; es parte del proceso de embarazo.
- La segunda obligación, es un tanto curiosa como para ser aplicada al arrendamiento de vientre; citemos textualmente el artículo 2444 del C.C.V.D.F.: “El arrendatario debe hacer las reparaciones de aquellos deterioros de poca importancia, que regularmente son causados por las personas que habiten el edificio.” Puede notarse que la obligación consiste en hacer reparaciones de poca importancia, y el propio artículo señala que serán aquellos deterioros causados regularmente por las personas quienes habitan el edificio; en este caso, al aplicarse al arrendamiento de vientre, la pareja quien ha buscado tener un hijo por medio de las técnicas de reproducción no natural, tendría que efectuar las reparaciones de poca importancia que pudiera causar el producto de la aplicación de las técnicas de reproducción no naturales.
- Otra obligación, sería que la pareja deberá informar a la mujer quien presta su vientre, la necesidad de hacer reparaciones. Hemos señalado a la pareja que busca tener el hijo o hija, porque aunque quien tendría el uso de vientre es un tercero, es decir, el producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sería imposible que fuera el arrendatario y tuviera que cumplir sus obligaciones, además el pago lo propicia otro.
- También tiene la obligación de informar a la mujer que presta su vientre sobre toda usurpación o novedad dañosa (Art. 2419 del C.C.V.D.F.); ¿sería imposible la usurpación de vientre?, ¿cómo podría llegar otro ser e implantarse en el vientre?. Este podría ser un punto interesante a tratar; supongamos que la mujer que pone a disposición de una pareja su vientre entra en su periodo fértil y tiene relaciones sexuales, posiblemente podría ser fertilizada; pero nos queda la duda si podrán subsistir ambos productos y si no se causaría daño al que ya está.

Ahora veamos las obligaciones de no hacer.

Arrendador; obligaciones de no hacer.

La mujer quien presta su vientre no debe estorbar el uso de la cosa (Art. 2412 frac. III del C.C.V.D.F.), en este caso no debe estorbar en el uso de su vientre.

Arrendatario; obligaciones de no hacer.

- Por su parte el arrendatario, es decir, la pareja que busca tener un hijo por medio de las técnicas de reproducción no natural, no debe darle un uso distinto al vientre del convenido, en este caso el gestar al hijo de dicha pareja.
- La pareja no debe cambiar el uso del vientre arrendado. El arrendamiento de vientre sólo podrá servir para gestar al hijo.

### El objeto físico o material

Es aquí donde viene el verdadero cuestionamiento, sobre la posibilidad de estar ante un contrato de arrendamiento.

El objeto físico o material es aquél que se da en arrendamiento, en este caso, "el vientre". El artículo 1827 del C.C.V.D.F., dice que el objeto dado en arrendamiento debe ser posible y lícito.

El artículo 1828 del C.C.V.D.F., nos señala cuáles son los hechos imposibles, y a la letra dice:

"Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

En el caso del arrendamiento de vientre, la ley de la naturaleza se ve derrotada por la ciencia del hombre, pues el proceso para el arrendamiento de vientre sería imposible sin la intervención del hombre y en este no podemos afirmar que el arrendamiento de vientre sea incompatible con ellas, pues esta forma de reproducción asistida puede efectuarse con ayuda de la ciencia. Por lo que se refiere a las leyes jurídicas, no existe una norma jurídica que rija a las técnicas de reproducción asistida y que constituya un "obstáculo insuperable" para la realización del arrendamiento de vientre. El Código Civil para el Distrito Federal, habla de "técnicas de reproducción" (art. 293 segundo párrafo) y de fecundación asistida (art. 326 y 329), pero no establece que el arrendamiento de vientre no puede efectuarse. Y en el caso del RLGSMIS, tampoco determina

que está prohibido efectuar el arrendamiento de vientre; el artículo 43 señala los requerimientos para efectuar la fertilización asistida y el artículo 41, fracción XI señala que ese concepto abarca a la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y a la fertilización in vitro. Sin embargo no establece prohibición de realizar otras técnicas de reproducción asistida, como el arrendamiento de vientre; y no olvidemos que a: "los particulares lo que no nos está prohibido (expresamente), nos está permitido".

Observemos que el artículo 1827, establece que el objeto del contrato debe ser posible y lícito. Ya estudiamos la "posibilidad", ahora nos falta la "ilicitud"; la licitud la abordaremos en el apartado B, inciso d), del presente capítulo.

Entonces al parecer resulta posible el objeto del contrato de arrendamiento de vientre. Surgen muchas cuestiones sobre lo que se genera: una nueva vida y que al finalizar el acto, surge una obligación de dar para el arrendado; es decir, entregar al hijo o hija nacida, darla a una pareja quien la contrató para gestar al bebé. Podría agüirse que esa obligación surge a raíz de que el óvulo fecundado no le pertenecía, pues sólo estaba prestando su vientre para gestarlo.

Ahora entraremos en un tema un poco más delicado, lo que hará verdaderamente comprender si es factible un contrato de arrendamiento de vientre o no.

El artículo 1825 del C.C.V.D.F., establece que el contrato de arrendamiento debe:

- 1º. Existir en la naturaleza.
- 2º. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- 3º. Estar en el comercio.

#### 1º. EXISTIR EN LA NATURALEZA

Al decir que el objeto debe existir en la naturaleza, significa que debe existir en este momento o ser susceptible de existir, por ello se pueden formular contratos sobre cosas futuras, tal como lo determina el artículo 1826 del Código Civil. En el caso del arrendamiento de vientre, el vientre ya existe y es de una mujer quien tiene la edad adecuada para gestar.

#### 2º. SER DETERMINADA O DETERMINABLE EN CUANTO A SU ESPECIE.

Esta frase, el maestro Pérez Fernández del Castillo, la explica de la siguiente manera:

“Se entiende por especie a una limitación del género o sea una individualización en cuanto a la cantidad y calidad, esto es porque se cuenta, se pesa, o se mide...”<sup>25</sup>

Tratándose de arrendamiento de vientre, al señalar que determinada persona dará en arrendamiento su vientre para gestar al producto de las técnicas de reproducción no natural, se está determinando la cosa objeto del contrato, es decir el vientre, pues la mujer sólo cuenta con uno; entonces, en virtud del señalamiento expreso de la persona y el compromiso que adquiere, no puede haber lugar a dudas sobre la cosa objeto del contrato.

### 3º. ESTAR EN EL COMERCIO.

El artículo 748 del Código Civil a la letra indica:

“Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.”

Como se puede apreciar, las circunstancias excluyentes son que las cosas están fuera del comercio por la naturaleza de las mismas o porque la propia ley establezca que no pueden ser objeto de comercio, art. 749 del C.C.V.D.F.:

“Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.”

La pregunta inmediata es: ¿el vientre está fuera o dentro del comercio?. Nosotros creemos que el vientre y en general las partes del cuerpo (los órganos, los tejidos, etc.), no son susceptibles de comerciar, y la razón es que, el vientre es parte de las personas y como sabemos las personas (en México hoy en día), no están en el comercio. En algún tiempo existió la esclavitud y se permitía la compra y venta de seres humanos; pero las legislaciones se han preocupado y encargado de esa terrible institución.

Los esclavos eran considerados cosas y como tales, podía transferirse la propiedad de ellos, era entonces cuando el ser humano estaba en el comercio; pero como sabemos, a partir de la Revolución Francesa se estableció de manera universal, que todos los seres humanos nacemos libres; y la libertad es una característica inherente de las personas, de este modo, nuestra

---

<sup>25</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 26

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, retoma este principio en el artículo 2, que a la letra dice:

“Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán por ese solo hecho, su libertad y la protección de las leyes”.

Observamos que no solamente se prohíbe la esclavitud, sino que además quien entre a nuestro territorio mexicano, por ese solo hecho, adquiere su libertad, por esta razón estamos conscientes que las personas no están en el comercio, y el vientre, siendo parte de ellas tampoco lo está.

De aquí se desprende otro apunte importante, si alguien efectuara un contrato de arrendamiento sobre el vientre de las personas, como consecuencia de esa falta de objeto (por no estar el vientre dentro del comercio), sería inexistencia (art. 1794 del C.C.V.D.F.). Entonces, si el contrato es inexistente, se crearía otro problema verdaderamente terrible para los hijos e hijas. La pareja que pacte con una mujer para “arrendamiento su vientre”; efectuando dicho contrato, resulta que la mujer quien da en “arrendamiento su vientre” puede negarse a entregar al hijo o hija, producto de la aplicación de esta técnica de reproducción asistida, pues si lo pactó en el contrato y por virtud de éste era una obligación, no hay problema porque el contrato, legalmente, no existe. Pero por si fuera poco hay otro problema que aún con las reformas del 25 de mayo del 2000 y por virtud de ellas, el hijo o hija producto del mal llamado arrendamiento de vientre, tiene como madre a la que da en arrendamiento el vientre. El artículo 293 párrafo segundo, determina que hay parentesco equivalente al consanguíneo entre quienes consienten y el producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; en el caso de la mujer que da en “arrendamiento su vientre”, para efectuarse esta técnica tiene que consentir, por ello se determina como madre del producto; y no ocurre así con la mujer de la pareja que la contrata para que geste al hijo o hija, porque esta última manifiesta su voluntad en un contrato y su consentimiento se lleva en un contrato, jurídicamente inexistente. Así pues, si la mujer que gesta al hijo decidiera quedarse con el hijo o hija, podría hacerlo, ya que para efectos jurídicos ella es la madre y el padre será su esposo. Con base en dos artículos del Código Civil, el esposo de la mujer quien da en “arrendamiento su vientre”, es el padre del hijo o hija producto de esta técnica de reproducción asistida; el artículo 324 del Código Civil, establece la siguiente presunción: son hijos de los cónyuges los nacidos dentro de matrimonio; y suponiendo que esta sea su situación de la mujer, es decir, que esté casada y hablando con su esposo llegaron al acuerdo de que puede “arrendar el vientre” para gestar al hijo o hija, ambos dan su “consentimiento (conforme a las reglas del artículo 21 del RLGSMS y al 43 del mismo ordenamiento), los dos son madre y padre

respectivamente. Pero además, no podrá (el marido) impugnar la paternidad, de acuerdo al artículo 326 del Código Civil.

Estas son algunas de las consecuencias jurídicas civiles que se presentarían, si se celebrara un contrato de arrendamiento por el vientre de una persona. Pero además, encontramos que también se puede generar una sanción en el ámbito penal, para quienes pretendieran efectuar un contrato de arrendamiento por el vientre de una mujer. Estudiemos lo que determina la fracción II del artículo 462 de la Ley General de Salud:

“Art. 462. Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I...

- II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y...”

La Ley General de Salud establece una sanción penal por la realización de “actos de simulación jurídica”, es decir, tratándose de cualquier acto, llámese arrendamiento, o el que sea; si ese acto tiene como trasfondo un beneficio oneroso (por órganos, tejidos, etcétera), no está permitido. No olvidemos que el contrato de arrendamiento siempre es oneroso, pues consiste en dar un derecho de uso y goce sobre el bien, a cambio de un pago, es decir, el acto necesariamente es oneroso.

Si ponemos detenida atención en esta fracción, nos percatamos que la sanción va dirigida a la comercialización o un acto jurídico, en el cual se trata de simular una remuneración onerosa por la adquisición del órgano; de tal manera que no se está permitiendo la venta de órganos, así se le ponga otro nombre al acto; esto debido a que la pretensión del legislador es el fomento de la donación de órganos, pues si se permitiera la compra – venta, quedaría la salud de los seres humanos en las manos del mejor postor; luego entonces, aquél que se viera desfavorecido económicamente no tendría derecho a la salud y todo por falta de recursos económicos; con lo cual se contravendría la naturaleza del artículo 4, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De esta manera, se puede apreciar que el arrendamiento de vientre no podría ser un contrato de arrendamiento, pues faltaría un elemento de existencia, el objeto. Precisamente porque el objeto no cumple con los elementos establecidos en el artículo 1825 del C.C.V.D.F., que es la de estar dentro del

comercio; entonces, faltando un elemento de existencia, como ya estudiamos, trae la inexistencia del contrato.

En cuanto a los elementos de validez, sólo estudiaremos la licitud en el objeto o motivo o fin en el arrendamiento de vientre. El art. 1827 en su frac. II del C.C.V.D.F., establece que el objeto del contrato debe ser lícito. En este caso, el arrendamiento de vientre debe ser lícito, es decir, el arrendamiento de vientre no debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Art. 1830 del C.C.V.D.F.). La pregunta es: ¿el arrendamiento de vientre no es contrario a las leyes de orden público, si recordamos que entre éstas figuran las prohibitivas?. Nosotros pensamos que sí es contrario a las leyes de orden público, porque el contrato de arrendamiento es oneroso; de la propia definición del contrato de arrendamiento en el artículo 2398 del C.C.V.D.F. se desprende su naturaleza onerosa, toda vez que el arrendamiento consiste en conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra parte deberá “pagar” por el uso o goce de esa cosa.

Como hemos visto, el legislador que estos actos, que tuvieran una naturaleza gratuita. Por lo tanto, con una finalidad onerosa que vendrá ser parte del contrato de arrendamiento de vientre, se contravendrían las leyes de orden público. La consecuencia de la contravención a las leyes de orden público, es decir la ilicitud, sería la nulidad, art. 2225 del C.C.V.D.F.:

“La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya sea absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.”

#### **IV. ¿CORRESPONDE EL “ARRENDAMIENTO DE VIENTRE” AL CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?**

Como hemos visto, el “arrendamiento de vientre”, no es un contrato de arrendamiento, entonces cabe preguntarnos si podría decirse que constituye una prestación de servicios, así que ahora estudiaremos dicho contrato.

##### **1. BREVE ESTUDIO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

Debemos hacer mención que el Título Décimo, de la Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil, tiene como denominación: “Del contrato de prestación de servicios”. Este apartado alberga varios tipos de contrato: “De la prestación de servicios profesionales”; “Del contrato de obras a precio alzado”; “De los

porteadores y alquiladores”; “Del contrato de hospedaje”; y “Del servicio doméstico, del servicio por jornal, del servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo y del contrato de aprendizaje”. Cabe señalar que el artículo 2605, señala que: “El servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje”, se regirán por la Ley Federal del Trabajo”.

Para el presente trabajo analizaremos el contrato de “prestación de servicios profesionales, el de “obras a precio alzado”, y el del “servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo.”

## **A. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

Hemos ya recordado los puntos generales, así que ahora nos limitamos a verlos aplicados al contrato de prestación de servicios.

Antes de continuar con el análisis, tenemos que ver la definición del contrato de prestación de servicios profesionales:

“Es un contrato por el cual una persona llamada profesor, se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos en beneficio de otra llamada cliente, quien a su vez se obliga a pagar los honorarios convenidos.”<sup>26</sup>

Ahora veamos otra definición de contrato de prestación de servicios profesionales:

“El contrato de prestación de servicios profesionales es aquél en el que una persona denominada profesor o profesionista, se obliga hacia otro denominado cliente o beneficiario, a prestarle un servicio de carácter intelectual o material o de ambos géneros, derivados de una profesión técnica o científica reconocida por la ley, mediante una retribución económica.”<sup>27</sup>

Observamos entonces, que ninguna de estas definiciones puede adecuarse al acto que se pretende encuadrar en este contrato.

El arrendamiento de vientre no podría entrar en estas definiciones, pues no se trata de un servicio que va a ser prestado por un profesional, un técnico, un

<sup>26</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 269.

<sup>27</sup> CHIRINO CASTILLO, Joel. Op. Cit. Pág. 166.

científico, un artista; en beneficio de otra persona, y por ese servicio la persona paga

Ahora veamos la definición del contrato de obra a precio alzado:

“El contrato de obra a precio alzado o por ajuste cerrado es el contrato por el que una persona llamada ‘*empresario*’ se obliga a ejecutar, bajo su dirección y con materiales propios, una obra que le encarga otra persona llamada ‘*dueño de la obra*’, la cual se obliga a pagarle un precio global (2616 y 2625).”<sup>28</sup>

De acuerdo con esta definición no podríamos decir que el mal llamado “arrendamiento de vientre” sea un contrato de obra a precio alzado, pues la propia legislación en el artículo 2616 señala que “el empresario dirige la obra y pone los materiales”.

Para entender mejor tenemos que revisar las características de este contrato:

1. Ejecutar personalmente la obra o debe vigilar personalmente la ejecución que otra persona, la hiciera bajo su responsabilidad.
2. Los materiales empleados en la ejecución de la obra deben ser propiedad del empresario.
3. Es un contrato translativo de dominio respecto de materiales empleados si la obra es un bien inmueble, o respecto de la obra misma, si ésta es mueble, y la transmisión del dominio se opera, en el primer caso, por la colocación de los materiales en el inmueble, y en el segundo supuesto, cuando se determine e individualice la obra mueble con conocimiento del dueño.
4. La dirección de la obra y los riesgos de su ejecución y de la obra misma, son a cargo del empresario y por lo tanto no debe haber ni dirección ni dependencia económica del dueño.
5. El motivo determinante de la voluntad del dueño para celebrar el contrato debe ser la actividad personal e individual del empresario y no simplemente la adquisición de la obra.
6. Siempre deberá existir una contraprestación a cargo del dueño.”<sup>29</sup>

En el caso del arrendamiento de vientre, la mujer no dirige la obra, esto será a cargo de un médico por cuenta de la pareja que pretende ser padre y madre; pero además, la mujer tendría que poner los materiales, es decir, el óvulo, los espermias y hasta las personas que le ayudarán a ejecutarla (los doctores y los

<sup>28</sup> SANCHEZ MEDAL, Ramón. “De los contratos civiles”. Ed. Porrúa, S.A. Decimoséptima edición. México. 1998. Pág. 317 y 318.

<sup>29</sup> ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. “Contratos civiles”. Ed. Porrúa, S.A. Séptima edición. México. 1998. Pág. 317 y 318.

elementos que se requieren); entonces en el pago pactado se deberá incluir todo. El problema puede verse desde la definición, y los requisitos que tendrían que cumplirse, en dado caso el óvulo y los espermatozoides no podrían ser de la pareja que contrata a la mujer para que gesté al hijo, pues los materiales deben ser aportados para la mujer que dará el servicio de gestar.

Por último está el “contrato a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo”. Este, como dijimos, se rige por la Ley Federal del Trabajo; no tenemos una definición concreta, pero podemos encontrar sus características al ver una tesis aislada.

“CONTRATOS DE OBRA A PRECIO ALZADO, SE RIGEN POR LA LEY CIVIL Y NO LABORAL. Conforme al artículo 2605 del Código Civil, el servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje, se rigen por la Ley Reglamentaria del Artículo 123 de la Constitución Federal y, de acuerdo con el 2616, el contrato de obras a precio alzado, cuando el operario dirige la obra y pone los materiales, se sujeta a las reglas que establece dicho código. Atentos los preceptos citados, es claro que debe distinguirse entre el contrato de obras a precio alzado anteriormente citado y el contrato de trabajo; la existencia de estas dos clases de contratos y la circunstancia de que el de obras a precio alzado, cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales, se encuentre regido por el Código Civil deriva, además, del artículo 25 de la Ley Federal del Trabajo, en relación con su artículo 39, pues aquel precepto dispone que en los contratos en que se estipule que el salario se pagará por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad del material, el estado de la herramienta y útiles que el patrón, en su caso, proporcione para ejecutar la obra y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, así como la retribución correspondiente. La diferencia entre ambos tipos de contrato deriva, por una parte, como lo sostiene unánimemente la doctrina, de que en el contrato de trabajo la prestación del obrero consiste en energía de trabajo, en tanto que en el contrato de obras a precio alzado, lo que se promete por el operario es el resultado del trabajo, esto es, una obra producida; por otra parte, de que en el contrato de trabajo todo el riesgo es a cargo del empresario, puesto que la obligación del trabajador consiste en poner, a disposición de aquel, su energía de trabajo, mientras que en el contrato de obras a precio alzado, el riesgo es a cargo del operario, en atención, precisamente, a que lo que se promete es el resultado del trabajo, o como se dijo, una obra producida; pero para que este contrato de obras a precio alzado, exista, y esta es la tercera diferencia que hay entre los contratos de que se viene haciendo mérito, es preciso que el operario prometa una obra determinada por un precio alzado, debiendo poner el mismo operario los

materiales que tengan que emplearse en la construcción de la obra, así como los útiles, herramientas, etc., no teniendo más derecho el operario que el de obtener el precio alzado que se hubiere convenido, previa la entrega que haga de la obra; finalmente y como consecuencia de los caracteres señalados, en el contrato de obras, toda la dirección corresponde al operario, consecuencia lógica si se considera que, estando a su cargo los riesgos, necesita libertad absoluta de dirección, ya que, de otra manera, si su dirección está restringida o subordinada a un tercero, no sería posible hacer recaer sobre él los riesgos de construcción, puesto que el buen resultado de la misma dependerá, fundamentalmente, de la buena dirección y si ésta no corresponde al operario sino a un tercero, el éxito o fracaso de la construcción dependerá, también, de ese tercero.”

Instancia: Cuarta. Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XXVII, Quinta Parte. Página: 14. Tesis Aislada.

Amparo directo 6168/56. Ruben Plata y Coags. 4 de septiembre de 1959. 5 votos. Ponente: Agapito Pozo.

De esta tesis podemos hacer los siguientes comentarios en relación con el “contrato a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo”:

- En el contrato regido por la Ley Federal del Trabajo, el trabajador sólo pone su energía de trabajo. En el caso del “arrendamiento de vientre”, la mujer que gesta sólo pone su energía de trabajo, es decir la disposición para gestar al hijo o hija.
- Otra característica que se manifiesta en esta tesis, es que todo riesgo es a cargo del dueño no del trabajador, pues la obligación del trabajador solamente es poner su energía de trabajo. En el mal llamado “arrendamiento de vientre”, la mujer que pone a disposición de una pareja su vientre, no tiene que responder porque la fertilización no haya sido bien desarrollada, es decir que no corre a cargo de ella la responsabilidad de que todo saiga bien; excepto si ella se provocará o se ayudara de otro para generar aborto, donde incluso incurría en el delito de “aborto” sancionado por el Código Penal.
- Por último, encontramos que no tiene que responder por la calidad de los materiales (el óvulo y espermatozoides); ni de las herramientas usadas o de los médicos que le vayan a implantar el óvulo fertilizado.

Por las características de este contrato parecería que el arrendamiento de vientre puede quedar dentro de éste; sin embargo nosotros creemos que no, la

explicación puede encontrarse en el apartado 2. IV de la presente tesis, cuyo título es: "¿Podría encuadrarse el arrendamiento de vientre dentro del contrato de prestación de servicios?".

## **a) EL OBJETO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

El objeto jurídico directo, consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones. En el contrato de prestación de servicios, se crean y transmiten derechos cuando se da el consentimiento, habiendo acuerdo de voluntades se crean obligaciones y derechos, para el que se llama profesor; en este caso, tiene la obligación de prestar un servicio y tiene el derecho a recibir el pago de honorarios. Tratándose del "contrato de obra a precio alzado", el empresario se obliga a hacer una obra y a recibir su pago por ello. De igual forma, en el contrato a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, al hacerlo tiene derecho a recibir su pago.

El objeto jurídico indirecto. En el contrato de prestación de servicios, el profesor, el empresario y el trabajador tiene una obligación de hacer, pues deberán efectuar el servicio que se comprometió en virtud del contrato.

Por su parte, el cliente tiene la obligación de dar el pago de los honorarios al profesor por su servicio. Artículo 2606 del C.C.V.D.F.:

"El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.

Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo."

Puede notarse, en ambos artículos, la importancia del pago de honorarios por los servicios prestados; al grado que en caso de no pactar los honorarios, se establecen reglas para lograr se cumpla con esta obligación de dar.

"Artículo 2607. Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados."

Encontramos dos tesis interesantes:

**"HONORARIOS PROFESIONALES. DERECHO A LOS, EN CASO DE QUE EL CLIENTE REVOQUE UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES.** El artículo 2613 del Código Civil previene que los profesores tienen derecho a exigir los honorarios, cualquiera que sea el éxito del negocio o trabajo que se les encomiende, salvo convenio en contrario. De ahí se sigue que, por regla general, los honorarios se cubren por el servicio prestado, con independencia del éxito o buen resultado, a menos que se haya pactado lo contrario. Lo anterior obedece a que el profesor no se asocia en el negocio o el servicio que presta al cliente, y porque en principio la obligación principal del profesional es una obligación de resultado, salvo pacto en contrario. Sin embargo, cuando existe ese convenio en contrario, como sucede en el llamado contrato palmario, que se da cuando se pacta un beneficio en caso de éxito, o cuando se acuerda un pacto de cuota litis, donde se concede como honorario una parte de lo que se obtenga en un litigio, la consecuencia del retiro unilateral de los asuntos por parte del cliente debe originar la indemnización al profesor de todos los gastos que hubiere realizado a sus expensas, así como la utilidad que pudo haber sacado del asunto, no existiendo razón alguna, para que, en este caso específico, se aplique por analogía, al tenor de lo dispuesto por los artículos 1858 y 1859 del Código Civil, el artículo 2635 de ese cuerpo de leyes, resultando, eso sí, indispensable, que se acrediten plenamente los daños y perjuicios que se hubiesen causado, para lo cual debe tenerse en cuenta la prueba de los mismos de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2108, 2109 y 2110 del Código Civil."

#### **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava Época. Tomo IX-Junio. Página: 381. Tesis Aislada.

Amparo directo 6945/91. Roberto Flores González. 18 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

La segunda tesis es:

**"PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES, CONTRATO DE.** El contrato de servicios profesionales obliga directamente a quien recibe el servicio, a cubrir a quien lo presta, el importe convenido, o si no existe

convenio, el que se fije de acuerdo con las reglas que, al efecto, establece la Ley Civil.”

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XXXVIII. Página: 541. Tesis Aislada.

Amparo civil directo 2109/29. Diego Fernández Salvador. 20 de mayo de 1933. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente

El objeto material del contrato de prestación de servicios, debe ser posible y lícito (Art. 1827 del C.C.V.D.F.). Para que sea posible el objeto, no debe ser contrario a una ley de la naturaleza o a una norma jurídica que constituyan un obstáculo insuperable (Art. 1828 del C.C.V.D.F.); por lo que el objeto del contrato de servicios profesionales, deberá ser posible, pero además tendrá que ser lícito, es decir, no deberá ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Art. 1830 del C.C.V.D.F.). El artículo 1829 del Código Civil a la letra señala:

“No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero si por otra persona en lugar de él.”

Como vimos, el contrato de prestación de servicios es intuitu personae; entonces, aunque el artículo 1829 del C.C.V.D.F. dispone que el objeto no es imposible cuando pueda ser efectuado por una persona distinta al obligado, en este caso si es imposible pues el contrato de prestación de servicios se celebra en atención a las cualidades de la persona a quien se le encarga.

El objeto del contrato de prestación de servicios, tanto profesional y el de obra a precio alzado debe, de acuerdo con el artículo 1827 del Código Civil, ser posible y lícito.

Esto implica que debemos saber qué debemos entender por imposible, el artículo 1828 aclara:

“Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.”

No olvidemos que no debemos confundir la imposibilidad con ilicitud, como ya estudiamos la imposibilidad trae la inexistencia del contrato, por no poder tener un elemento esencial del contrato, el objeto. Por su parte la ilicitud genera nulidad, pues es parte de los elementos de validez.

“Art. 1795. El contrato puede ser invalido:

- I. ...
- II. ...
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. ...”

“Art. 2225. La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según disponga la ley.”

Debemos aclarar que a las cosas no se les puede calificar de lícitas o ilícitas; entonces, en este caso, ¿qué es aquello que se califica como ilícito?. El autor Martínez Alfaro aclara este punto:

“Por lo que hace a las cosas, debe aclararse que las cosas no son lícitas o ilícitas, pues la licitud o ilicitud se refiere a la conducta de los sujetos relacionada con las cosas; ejemplo: las armas que por la ley están reservadas al Ejército, no son cosas lícitas ni ilícitas, lo ilícito es la conducta relativa a dichas armas, como puede ser su comercio, portación o uso.”<sup>30</sup>

Entonces, debemos cuidar que el hecho que se va a ejecutar o se deja de ejecutar, no sea ilícito, es decir, que no sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Si el acto es ilícito la consecuencia será la que señala el siguiente artículo:

“Art. 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos excepto en los casos que la ley ordene lo contrario.”

## **b) EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

Sabemos que debe existir éste para que surja un contrato, pues es un acuerdo de voluntades que pretende crear transmitir derechos y obligaciones. En el caso del arrendamiento de vientre, las personas deben estar de acuerdo en cuanto al hecho objeto del contrato, es decir la gestación del infante. No hay que perder de vista que el contrato de prestación de servicios profesionales es *intuitu personae*, es decir, que el contrato se lleva a cabo, precisamente, por las cualidades de una persona en el aspecto profesional, técnico, científico o

<sup>30</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op. Cit. Pág. 120.

artístico. En el caso de arrendamiento de vientre, no podemos decir que se efectúa el contrato porque la persona sobresalga, ya sea en el aspecto profesional, técnico, científico o artístico; sino más bien por su posibilidad de gestar y de estar de acuerdo para ser una madre sustituta. Si hubiera error en la persona no podría traer como consecuencia una inexistencia, pues bastará con que la otra mujer pueda gestar para otorgar el consentimiento si ambas partes lo acuerdan; no se requieren habilidades especiales y cualidades exclusivas de una persona para que se realice este trabajo. Podría haber inexistencia si la persona no otorgara su consentimiento, no olvidemos que en el arrendamiento de vientre debe ser expreso, de acuerdo con el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Como una diferencia más, el contrato de prestación de servicios profesionales no requiere forma específica, es un contrato consensual, así que basta con que se acepte tener hecho. El arrendamiento de vientre, como lo mencionamos, de acuerdo al RLGSMIS debe ser por escrito, es decir, el consentimiento que da la mujer sustituta para que se geste al hijo, debe ser por escrito; es un consentimiento expreso y para que la pareja que contrate a esa mujer genere filiación con el hijo o hija, debe dar su consentimiento (art. 293 párrafo 2º del Código Civil). No podría hacerse diferente, es decir siempre tendrá que ser escrito, en el caso de la madre sustituta, pues se contravendría el RLGSMIS y los médicos que efectuaren el acto podrían incurrir en responsabilidad, pues es un requisito sine qua non se puede efectuar estas investigaciones.

## **B. ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

### **a) LA CAPACIDAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

En cuanto a la capacidad en las personas que intervienen en este contrato, se requiere que las personas quienes contratan cuenten con capacidad jurídica; es decir, no deben encontrarse en ninguno de los supuestos del artículo 450 del C.C.V.D.F. Esto significa que las personas deben contar con capacidad natural y legal; es decir, no deben ser:

1. Menores de edad; y tampoco

II. Mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”

Además, se genera otra condicionante, en cuanto a la capacidad de la persona denominada profesor. El artículo 2608 del C.C.V.D.F., a la letra determina que:

“Los que sin tener el título correspondiente ejerzan profesiones para cuyo ejercicio la ley exija título, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrá derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado.”

Se puede notar que la sanción por la falta de título no recae en la imposibilidad de contratar; sino en la imposibilidad de cobrar los honorarios por el trabajo desempeñado. Así pues, cuando la ley exija que las personas requieran de un título profesional, deberán poseerlo y en caso contrario, no podrá reclamar se le pague por los servicios prestados. Cabe señalar que el no pago de los honorarios deberá ser ordenado por mandato judicial, de lo contrario se contravendría la Constitución Política Federal, pues en su artículo 5º. establece claramente que: “Nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino por resolución judicial”. Entonces toda persona que realiza un trabajo o un servicio merece y tiene derecho a ser remunerado; sin embargo, hay profesiones que requieren de un título para ser desempeñadas; por ello la constitución encomienda a cada Estado de la República, establecer cuáles serán las profesiones que deberán tener título para ejercer, y las condiciones a cumplirse, para poder obtenerlo; así como las autoridades que lo darán.

La sanción no sólo queda en no poder exigir la retribución por los servicios prestados, sino que siendo delicada la situación, garantiza que la persona quien presta sus servicios sea un verdadero profesional y cumpla con los años de estudio que se requieren, así como con las condiciones para obtener el título; se protege a los clientes, es decir, a las personas a quienes se les presta el servicio; por ello la sanción no sólo es en el ámbito civil, sino también en el penal, por esta razón el Código Penal establece una sanción en el artículo 250 fracción II:

“Art. 250. Se sancionará con prisión de uno a seis años y multa de cien a trescientos días a quien:

I...

II. Al que, sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada, expedidas por autoridades u organismos legalmente capacitados para ello, conforme a las disposiciones reglamentarias del artículo 5º. Constitucional:

- a) Se atribuya el carácter de profesionista;
- b) Realice actos propios de una actividad profesional, con excepción de lo previsto en el tercer párrafo del artículo 26 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º. Constitucional;
- c) Ofrezca públicamente sus servicios como profesionista;
- d) Use un título o autorización para ejercer alguna actividad profesional sin tener derecho a ello; y
- e) Con objeto de lucrar, se una a profesionistas legalmente autorizados, con fines de ejercicio profesional o administre alguna asociación profesional.

III. Derogada.”

En el caso del contrato de obra a precio alzado, dice el maestro Zamora y Valencia, que aplicando por analogía el artículo 2270: “La capacidad del empresario debe ser, además de la general, la especial de ser propietario de los bienes empleados en la obra, para poderlos transmitir al dueño, ya que si tales materiales son ajenos se originará la nulidad de la enajenación...”<sup>31</sup>

## **b) LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

Ya hemos visto cuales son los vicios del consentimiento en este contrato. Como todos, para tener validez se requiere que no haya dolo, mala fe, lesión, violencia y error.

Estudiamos al principio del análisis del contrato de prestación de servicios profesionales, en el consentimiento, que este contrato es intuitu personae y por esta razón es muy importante que no haya error en la persona, precisamente, porque podría causarse error – obstáculo, trayendo como consecuencia la inexistencia del contrato, pues el consentimiento se ve influido por las características y cualidades de la persona que se va a contratar para prestar sus servicios. Como puede apreciarse, no hay gran identificación con lo que sería la situación del mal llamado arrendamiento de vientre.

---

<sup>31</sup> ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 320.

### **c) LA LICITUD EN EL OBJETO O MOTIVO O FIN DEL CONTRATO PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

Analizamos anteriormente estos elementos, sabemos que el hecho positivo y negativo debe ser:

- I. Posible;
- II. Lícito (Art. 1827 del C.C.V.D.F.)

La fracción II determina que el objeto del contrato debe ser lícito y por licitud se debe entender a aquel hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (Art. 1830 del C.C.V.D.F.). Entonces, tratándose del contrato de prestación de servicios, el objeto, es decir, el servicio prestado, no debe contravenir las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Pensemos en un ejemplo: se le contrata a un químico para que realice experimentos y fabrique una nueva droga, el objeto es el prestar sus servicios y conocimientos como profesionista para fabricar una droga, la cual es contraria a las leyes de orden público, precisamente porque la venta, fabricación, compra, distribución de droga es ilícita; en nuestro país está penada esta actividad en el Código Penal. La sanción civil a este contrato es la invalidez del mismo, en este caso estamos ante una nulidad, que aparte recibe una sanción penal.

En cuanto al motivo, si hay error de hecho o Derecho en el motivo, se invalida el contrato; si el motivo es el acto que determina la voluntad de contratar, y si declara, al celebrar el contrato, que el motivo es aquello que lo lleva a celebrar el contrato o si prueba posteriormente que por esa razón lo celebra, se invalidará el contrato.

Ahora bien, el fin o motivo que determina la voluntad de celebrar el contrato debe ser de acuerdo a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. De tal manera, que el contrato de prestación de servicios debe ser motivado por un acto que no sea contrario a las leyes de orden público y a la moral, de igual manera ocurre cuando se trata del fin, pues este tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres; por ejemplo, una persona quien es contratada como contadora de una empresa, el objeto es que preste sus servicios para llevar la contabilidad de la empresa; sin embargo, el fin de su contratación es que en la contabilidad el contador evada impuestos; esto no está permitido, pues por mandato constitucional estamos obligados a pagar impuestos (artículo 31, fracción IV), entonces puede incurrirse hasta en un delito, por evasión de impuestos.

#### **d) LA FORMA REQUERIDA PARA EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

En el caso del contrato de prestación de servicios la forma no es relevante, es decir, que puede hacerse de manera tácita y será válido o puede efectuarse por escrito o ante notario, según lo pacten las partes. Ya vimos cuál es la situación al respecto del "contrato de prestación de servicios profesionales" y el de "obra a precio alzado". La pregunta que podría surgir, es ¿por qué no es tan relevante establecer una forma determinada para pactar en el contrato de prestación de servicios?. La explicación podríamos encontrarla en una tesis aislada, que a la letra dice:

"PRESTACION DE SERVICIOS, HONORARIOS POR LA. La exigencia de una forma determinada para el contrato de mandato, en los casos expresamente previstos por la Ley, se explica como una garantía de la seguridad dinámica, teniendo en cuenta el interés de los terceros que entran en relación con el mandatario, y que deben conocer las facultades de aquel con quien tratan; pero en la prestación de servicios no existe la misma razón, porque el que presta el servicio no va a obligar a otro, verificando un acto jurídico sino que va a ejecutar un acto material, sin obrar a nombre de tercero, a menos que, al mismo tiempo que la prestación de servicios, exista un contrato de mandato. la prestación de servicios constituye un hecho, cuya demostración puede efectuarse por todos los medios establecidos por la Ley, y esa comprobación es la que, en realidad, funda la acción para exigir los honorarios."

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XXXVII. Página: 1214. Tesis Aislada.

Tomo XXXVII, Pág. 1214 Ritzau Kurt. Tesis Relacionada Con Jurisprudencia 227/85

Entonces al hacer una comparación con el contrato de mandato, se nota que se recomienda se efectúe por escrito, precisamente, como una garantía; pero en el contrato de prestación de servicios, a diferencia del contrato de mandato, no obliga a un tercero; además la prestación constituye un hecho, de tal manera que puede probarse por todos los medios puestos a nuestra disposición en la ley. Así pues, no habiendo una formalidad en el contrato de prestación de servicios, se podrá comprobar, y por ende exigir el pago de los honorarios. El problema surge con el mal llamado arrendamiento de vientre, pues no estamos ante cuestiones netamente económicas, como lo son los honorarios; de por

medio hay más, está la filiación del hijo o hija. Sin embargo, como ya analizamos en el mal llamado arrendamiento de vientre, no puede aceptarse que no sea por escrito, pues debe darse un consentimiento informado (art.43 del RLGSMS), y dicho consentimiento debe ser por escrito (art.22 del RLGSMS). Pero además, si se efectuara un contrato que no estuviera plasmado en papel o en algún escrito, correría el riesgo (la pareja que contrata a esa mujer para que geste a su hijo o hija), de no figurar como padre (hablando jurídicamente), pues no podrían estar al amparo del párrafo segundo del artículo 293 del Código Civil, toda vez que no habría forma de comprobar ese consentimiento; aún presentando testimonial para avalarla requiere de un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones. Y aún pagando los gastos del sanatorio, la señora podría argumentar que lo hicieron como préstamo; como se nota, serían muchos los problemas.

## **2. ¿PODRÍA ENCUADRARSE EL “ARRENDAMIENTO DE VIENTRE” DENTRO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?**

Se hizo ya una crítica superficial, sobre el encuadramiento del llamado arrendamiento de vientre en el contrato de prestación de servicios. Ahora nos corresponde analizarlos de manera profunda.

Para empezar, ya vimos las definiciones que nos dan los maestros Chirino Castillo y Pérez Fernández del Castillo, sobre el contrato de prestación de servicios profesionales. Como se mencionó, no puede encuadrarse en alguna de las definiciones dadas por estos maestros al arrendamiento de vientre, pues claramente nos hacen notar que se va a prestar un servicio, el cual es de naturaleza intelectual o material o los dos. En el caso del arrendamiento de vientre, sería más bien un servicio de tipo material, porque consistirá en prestar su vientre para gestar al producto de las técnicas de reproducción no natural. Pero además, se agrega que el trabajo de tipo intelectual o material se prestará debido a la profesión, la técnica, la ciencia o el arte que el profesor desarrolle. Tratándose del arrendamiento de vientre, el cual ya hemos comentado, la mujer quien prestará su servicio (albergando al producto de las técnicas de reproducción asistida), no es contratada debido a los servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos, que sea capaz de desarrollar, sino que se le contrata por la posibilidad que tiene de desarrollar una actividad material, es decir, gestar.

De igual forma, se mencionó que el contrato de prestación de servicios profesionales es *intuitu personae*, lo que significa que no podría ser sustituida la persona, pues se le contrata por sus cualidades como profesionista, técnico,

científico o artista; pero en el caso del arrendamiento de vientre, no se le contrata por esas características, sino por la posibilidad que tiene de gestar.

Como hemos dicho, para el surgimiento de un contrato se requiere de un acuerdo de voluntades, habiéndolo y pactando sobre el objeto del contrato de prestación de servicios, puede decirse que hay *consentimiento*. Aún habiendo error en la persona, en el arrendamiento de vientre podría salvarse ese obstáculo si la persona quien se presta puede gestar y quiere hacerlo y la pareja acepta; entonces estaremos ante un acuerdo de voluntades y la aceptación sobre el objeto del contrato. Notamos una enorme diferencia con el contrato de prestación de servicios profesionales, donde habiendo error en la persona, el contrato es imposible y se ve teñido de inexistencia, porque el motivo de contratar en la prestación de servicios, es por las habilidades y características del profesor en su ciencia o técnica o arte o profesión.

En el caso del *objeto jurídico directo* que, consiste en crear o transmitir derechos y obligaciones; tratándose del arrendamiento de vientre se crean obligaciones entre la persona quien contrata para que geste a su hijo y la mujer quien presta su vientre para que se geste al producto de las técnicas de reproducción no natural.

En cuanto al *objeto jurídico indirecto*, para el profesor, empresario y trabajador, hay una obligación de hacer: tendrá que efectuar el acto por el cual se le contrata; en el arrendamiento de vientre, deberá gestar al producto de las técnicas de reproducción asistida, y la otra mujer, quien podría ser el cliente, el dueño o patrón, deberá pagar por el servicio que está contratando.

Entonces en el caso del arrendamiento de vientre donde se brinda un servicio en el cual está de por medio la generación de una nueva vida y donde no se puede comerciar con esta actividad, precisamente por las consecuencias que se podría presentar, qué ocurriría si se quisiera revocar el contrato y todavía no concluye la gestación, ¿la mujer que presta el servicio abortaría?. Y ¿civilmente tendría que indemnizar pagando daños y perjuicios (Art. 2614 del C.C.V.D.F.)? Independientemente del delito penal en el cual incurriría por el aborto se vería obligada a pagar por daños y perjuicios. La misma situación guarda el cliente cuando revoque unilateralmente el contrato de prestación de servicios profesionales. Anteriormente citamos una tesis aislada, donde se aprecia esta situación y donde el cliente está obligado a pagar por los daños y perjuicios causados por la revocación; y por ende, tendrá que indemnizar al profesor. Lo interesante es saber cuál sería la suerte del producto de las técnicas de reproducción asistida, en caso de que nadie quisiera hacerse cargo de él. El Código Civil vigente para el Distrito Federal, con la reforma del 25 de mayo del 2000, establece como regla general que ninguna madre es cierta; por lo tanto,

la madre ya no es la persona de la cual se desprende el producto de las técnicas de reproducción asistida, quedando a expensas de la buena voluntad de los padres para ser reconocido; por ello la pareja debe acudir a efectuar el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad o maternidad; la base que tendrá es el párrafo segundo del artículo 293 del C.C.V.D.F., donde los posibles padres serán quienes consintieron; el problema es que consintió tanto la mujer, quien busca tener un hijo (es decir, en el contrato de prestación de servicios, el cliente el dueño o el patrón) y también la mujer quien prestó el servicio (el profesor o el empresario o el trabajador). Así pues, el problema estará en que podrían ser dos las madres del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida y ninguna a la vez; en este caso, de ser abandonado el hijo, podría solicitar por sí o por sus hijos la investigación de la maternidad (pudiendo probarlo por los medios establecidos por la ley), la única limitación es que no se le puede atribuir el hijo a una mujer casada (Art. 385 del C.C.V.D.F.), habiendo como excepción la investigación de la maternidad cuando se deduzca de una sentencia civil o criminal (Art. 386 del C.C.V.D.F.). Pero entonces, si no se hace cargo ninguna de las personas del hijo o hija, éste último, no podrá tener una mamá; entonces deberá aplicarse lo establecido en el artículo 58 del C.C.V.D.F., ya que se desconoce el nombre de los padres, pues hay dos posibles madres, por dar su consentimiento; de igual forma tendrá dos padres, el esposo de la mujer quien pactó y quien dio su consentimiento; debemos recordar que si no dio su consentimiento, entonces no se considera el papá, aunque de acuerdo a la presunción del artículo 324 del C.C.V.D.F., se reputa que los hijos nacidos dentro de matrimonio son de los cónyuges; por esta razón, en principio se presume que son de la pareja; sin embargo, puede impugnarse la presunción cuando no hubo consentimiento expreso del cónyuge (Art. 326 del C.C.V.D.F.). Apreciamos que el perjudicado con esta situación, considerando al arrendamiento de vientre como un contrato de prestación de servicios, es el hijo producto de las técnicas de reproducción asistida.

Por las propias definiciones de los contratos de servicios profesionales y el de obra a precio alzado, quedan descartados para considerar que se celebra alguno de ellos en lugar del mal llamado arrendamiento de vientre. Comentamos que la mujer que gestará al hijo no se le contrata por su arte, técnica o ciencia; y tampoco esa mujer va a dirigir la obra, ni pondrá los materiales que se van a usar, para posteriormente transmitir la propiedad. Y aún cuando fueran de ella el óvulo y los espermatozoides, haciendo la fertilización no podría transmitir la propiedad, pues no hay tal, se tiene propiedad sobre las cosas, no sobre las personas.

Ahora analicemos el "contrato precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo". Habíamos comentado que por sus características se asemeja más a la

actividad desarrollada en el mal llamado arrendamiento de vientre; en este contrato encontramos que las obligaciones del trabajador se limitan a la energía de su trabajo, y no a otras características (como que el riesgo corra a su cargo; a garantizar la calidad de los materiales que se usan; tampoco requiere de algún título profesional). Pero además, encontramos un elemento que hace la diferencia total y radical entre un contrato de "prestación de servicios profesionales" y el de "a precio alzado" en el que el operario sólo pone su trabajo; o entre el de "obra a precio alzado" y el de "a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo", y eso es la *subordinación*. Si no hay subordinación, entonces no hay relación laboral. Estudiemos lo que dicen las siguientes tesis aisladas y jurisprudencias:

**"RELACION LABORAL. LA SUBORDINACION ES EL ELEMENTO DISTINTIVO DE LA.** El artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, establece que por relación de trabajo debe entenderse la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario. Así pues, la relación laboral tiene como elemento distintivo la subordinación jurídica entre patrón y trabajador, en virtud de la cual el primero se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del trabajo del segundo, quien a su vez tiene la obligación correlativa de acatar al patrón."

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo I, Mayo de 1995. Tesis: IV.2o. J/1. Página: 289. Tesis de Jurisprudencia.

Amparo directo 77/90. Justo Aguilar Martínez. 16 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Ernesto Rosas Ruiz. Secretario: Jesús S. Fraustro Macareno.

Amparo directo 820/93. Oscar Muñoz Jiménez. 12 de enero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: José Garza Muñiz.

Amparo directo 453/94. Marcelino Pérez Rivas. 29 de junio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Juan Antonio Ramos Padilla.

Amparo directo 825/94. Dolores Martínez Alanís y coag. 23 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario: Juan Manuel Rodríguez Gámez.

Amparo directo 96/95. Zeferino Martínez Rivera. 15 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Arizpe Narro. Secretario: Jesús S. Fraustro Macareno.

Como se nota, la relación laboral se distingue porque cuenta con el elemento de la subordinación jurídica entre el patrón y el trabajador; esto implica que el patrón pueda disponer del trabajo. En el caso del mal llamado arrendamiento de vientre, la mujer que gesta al hijo o hija, tendría que acatar las ordenes de la pareja que le pidió albergar al hijo o hija.

**"EXISTENCIA DE CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES Y NO DE UNA RELACION LABORAL.** Si en el expediente laboral se demuestra que el quejoso prestaba sus servicios no sólo para el demandado, sino también para otras personas y que no existió una subordinación consistente en desempeñar el profesionista sus actividades acatando las órdenes de la aludida demandada, en forma y tiempo señalados por ésta, ni medió una dependencia directa, es evidente que se está ante un contrato de prestación de servicios profesionales y no de una relación laboral en términos del artículo 8o. de la Ley Federal del Trabajo."

#### **TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL SEPTIMO CIRCUITO.**

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo XV-Enero. Tesis: VII.A.T. 66 L. Página: 235. Tesis Aislada.

Amparo directo 710/94. Felipe Hernández Piñero. 13 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Eliel E. Fitta García. Secretaria: Nilvia Josefina Flota Ocampo.

Amparo directo 471/89. Prócoro Saraiba Rueda. 8 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Eliel E. Fitta García. Secretaria: Nilvia Josefina Flota Ocampo.

**"SUBORDINACION. ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACION DE TRABAJO.** La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con el

artículo 134, fracción III de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo.”

Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 187-192 Quinta Parte. Página: 85. Tesis de Jurisprudencia.

\*Volúmenes 103-108, pág. 97. Amparo directo 2621/77. Jorge Lomelí Almeida. 22 de septiembre de 1977. Unanimidad de 4 de votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 109-114, Pág. 92. Amparo directo 5686/76. Jorge Zárate Mijangos. 11 de enero de 1978. 5 votos. Ponente: Juan Moisés Calleja García.

Volúmenes 145-150, Pág. 60. Amparo directo 7070/80. Fernando Lavín Malpica. 30 de marzo de 1981. 5 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 187-192, Pág. 55. Amparo directo 1362/84. Aída Díaz Mercado Nagore. 5 de septiembre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

Volúmenes 187-192, Pág. 55. Amparo directo 9328/83. Rodolfo Bautista López. 5 de septiembre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo.

Volúmenes 187-192, Pág. 55. Amparo directo 2353/83. Guadalupe Flores Báez. 15 de noviembre de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: David Franco Rodríguez.

#### NOTA:

\*En la publicación original esta tesis aparece bajo el rubro: "SUBORDINACION, CONCEPTO DE".

La jurisprudencia nos muestra un elemento que en el arrendamiento de vientre no hay, que es el "mando correlativo del patrón a un deber de obediencia", sería tanto como apropiarse de la vida de la mujer que gesta al hijo o hija.

Sin embargo, aún con esta jurisprudencia y tesis aislada, seguimos si conocer bien a la subordinación, para ello necesitamos ver sus elementos; las tesis aisladas los muestran de la siguiente forma:

"RELACION DE TRABAJO. UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES POR SI SOLO ES INSUFICIENTE PARA ACREDITAR EL VERDADERO VINCULO EXISTENTE, SI OBRAN EN EL JUICIO OTRAS PRUEBAS DE LAS QUE SE DESPRENDAN LOS ELEMENTOS DE SUBORDINACION Y DEPENDENCIA ECONOMICA PARA RESOLVER LO CONDUCENTE. Si el demandado se excepciona en el sentido de que la relación que existió con el actor fue de prestación de servicios profesionales y ofrece al juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, en donde se señala que el vínculo se rige por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, este instrumento por sí solo no demuestra que la relación haya sido de tal naturaleza, puesto que el referido documento debe estudiarse conjuntamente con el resto del material probatorio para resolver lo conducente; de ahí que si en el juicio se acreditan los elementos de subordinación, como es el caso en que al prestador del servicio se le ordena dónde y cómo debe realizar su trabajo, se le proporcionan los medios para el desempeño de su labor, que son propiedad de la empresa, se le expiden credenciales que lo identifican como su empleado y se le asigna una compensación económica, que aun cuando se le denomine honorarios, por así haberse consignado en el convenio, pero que en verdad se trata de la retribución que se le pagaba por su trabajo; por consiguiente, si se justifican estos extremos se debe concluir que la relación real que existió entre las partes fue de trabajo y no de índole civil."

#### NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo III, Marzo de 1996. Tesis: I.9o.T.48 L. Página: 1008. Tesis Aislada.

Amparo directo 1349/96. Ferrocarriles Nacionales de México. 15 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: F. Javier Mijangos Navarro. Secretario: Héctor Landa Razo.

"PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES (CONTRATO DE TRABAJO). Si por dirección y dependencia, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido la subordinación del trabajador al poder de mando del patrón durante un lapso determinado que constituye la jornada, es éste último elemento el único que puede dar la norma para apreciar cuando la prestación de servicios de un profesional reúne las características del contrato de trabajo, de manera que si aquél, mediante una remuneración convenida denominada

iguala, atiende los negocios del patrón, pero en la forma, tiempo y circunstancias que él mismo determina y que en su carácter de profesional responsable, libremente conjuga para llevar a buen término los asuntos que se le encomiendan, no se encuentra en el caso del profesional que, con jornada fija, sea por un momento o por el tiempo máximo que la ley permite, tiene que dedicarse exclusivamente a la atención de los asuntos del patrón, con exclusión de toda actividad ajena a los mismos, caso en el cual si se está en presencia de la subordinación que caracteriza al contrato de trabajo.”

Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen IX, Quinta Parte. Página: 114. Tesis Aislada.

Amparo directo 4443/57. Rafael Castorena. 26 de marzo de 1958. 5 votos. Ponente: Agapito Pozo.

Como tercera referencia, está la tesis aislada ya citada, cuyo rubro es: “EXISTENCIA DE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y NO DE UNA RELACIÓN LABORAL.”

Notamos que los elementos son:

- Al trabajador se le ordena dónde y cómo realizar su trabajo.
- Se le proporcionan los medios para el desempeño de su labor, los cuales son propiedad de la empresa.
- Se le asigna un pago.

En el caso del mal llamado arrendamiento de vientre, a la mujer posiblemente se le diga dónde se llevará a cabo la fertilización, pero no se le va a “ordenar” dónde vivir, quizá se pacte que permanezca en el mismo domicilio o que dé aviso de algún cambio que quisiera realizar; tampoco se le indicará cómo gestar al hijo o hija, pues es algo que la naturaleza ya definió.

En segundo lugar, se le proporcionarán (posiblemente) la solvencia de sus gastos; pero no el elemento esencial con el que realizará la gestación, el vientre, pues ese es parte de ella; y como sabemos el vientre no es propiedad de la pareja.

De la última tesis se desprende que la mujer que gesta, quien cuenta con los elementos que caracterizan al contrato de trabajo, lo que podría verdaderamente definirlo es la jornada de trabajo, en cuyo caso tendría que contar con una jornada fija, sea por un momento o por el tiempo máximo que la ley permite; en el arrendamiento de vientre no lo hay, pues la mujer va a gestar

al hijo o hija todo el tiempo (de día, de noche, despierta o dormida), ello indica que excede la jornada máxima permitida por la ley. Pero además, señala la tesis que debe "dedicarse exclusivamente a la atención de los asuntos del patrón, con exclusión de toda actividad ajena a los mismos"; es decir, que la mujer que gesta tendrá que dedicarse sólo a gestar al hijo o hija, sin desarrollar otra actividad, por lo tanto no puede desarrollar ningún otro trabajo.

## **V. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO POR EL CUAL SE CONVIENE LA TRANSMISIÓN DE UN ÓVULO, YA SEA A TÍTULO GRATUITO O A TÍTULO ONEROSO.**

En nuestros tiempos, con los descubrimientos científicos en genética, se han logrado cosas que ni los mejores y más acertados autores literarios de ciencia ficción pudieron imaginar. Así pues, dentro de este rubro tendremos que analizar no sólo cuestiones jurídicas, sino también de ética, sobre los acontecimientos que están ocurriendo a nuestro alrededor.

Es necesario analizar la naturaleza jurídica del acto por el cual se transmite el óvulo, esto debido a que en la maternidad subrogada no solamente se presta el vientre para gestar al hijo; sino que estamos ante una pareja, la cual no puede tener hijos, son infértiles y por ende es necesario combinar los gametos, es decir, conjuntar el óvulo y los espermatozoides para lograr la posterior gestación.

### **1. QUÉ ES BIOLÓGICAMENTE UN ÓVULO.**

Observemos la siguiente descripción del óvulo:

"El óvulo es una célula de gran tamaño, provista de los elementos necesarios para subsistir hasta que sea fecundada. En su interior existe un núcleo que contiene en forma de cromosomas, la herencia que la madre transmitirá al hijo en caso de concepción."<sup>32</sup>

Como puede notarse, el óvulo es un elemento con el cual las mujeres nacen y esperan llegar a la edad fértil; ya sea para poder ser fecundado o en caso de que no sea fecundado, se desechará, es lo que conocemos como la menstruación.

---

<sup>32</sup> SALVAT. "El nacimiento de un niño". Salvat editores. Barcelona, España. 1974. Pág.20.

## **2. CÓMO DEBE CONSIDERARSE AL ÓVULO**

### **A. ¿DEBE CONCEPTUARSE AL ÓVULO COMO UNA PARTE DEL CUERPO DE LA MUJER ASISTENTE?**

Nosotros creemos que al óvulo se le debe considerar como parte de la mujer, pues nace con ellos:

"Al nacer la niña, el ovario contiene alrededor de un millón de folículos primarios, de los cuales sólo maduran aproximadamente cuatrocientos durante la etapa reproductiva; en cambio, en el sexo masculino la formación de espermatozoides primarios se lleva a cabo durante casi toda la vida. Los ovarios producen óvulos y las hormonas sexuales estrógenos y progesterona".<sup>33</sup>

Con la edad, cuando la mujer ya está propicia biológicamente, para ser fecundada, llevará a cabo un proceso distinto, la ovulación. "En el momento de la ovulación se rompe la cubierta del ovario para dar salida a un óvulo. Este óvulo se perdería dentro del vientre si no fuera porque el mismo instante la trompa de falopio, se comporta de forma semejante a la trompa de un elefante."<sup>34</sup>

Este es el ciclo necesario para que el óvulo pueda ser fertilizado o desechado por el cuerpo.

Aquí surge un último comentario, y quizá el más importante a considerar. Estamos convencidos que el óvulo es parte de la mujer, mientras no sea extraído enteramente de ella; una vez fuera del cuerpo de la mujer, puede considerarse que ya no es parte de ella. Esto es por utilidad jurídica, pues al analizar si el óvulo es susceptible de un contrato de donación, ampliaremos el comentario antes vertido.

### **B. ¿DEBE CONCEPTUARSE AL ÓVULO COMO UN NUEVO INDIVIDUO EN SU ETAPA INICIAL?**

Nosotros creemos que el óvulo como tal no puede considerarse como un individuo, observemos el siguiente apunte:

<sup>33</sup> HIGASHIDA HIROSE, Bertha Yoshiko. "Ciencias de la salud". Ed. McGRAW - HILL. Segunda edición. México. 1991. Pág. 196.

<sup>34</sup> SALVAT. Op. Cit. Pág. 25.G

"El proceso de fecundación se efectúa en un medio líquido donde el espermatozoide se impulsa así mismo mediante uno o más flagelos y penetra en el óvulo para ponerse en contacto con él. Después que el óvulo ha sido fecundado, técnicamente, ya no es óvulo, sino una nueva célula única. Esta nueva célula se llama cigoto o huevo. Este cigoto sufre la división celular y desarrolla un nuevo individuo."<sup>35</sup>

Como puede apreciarse, el óvulo por sí sólo no constituye un nuevo individuo, requiere que haya sido fertilizado por un espermatozoide.

Desde el punto de vista religioso, uno de los principales argumentos que se han dado para no utilizar anticonceptivos, es que se desperdicia la semilla; es decir los espermatozoides, una posibilidad de generar vida. Esto se argumentaba por el relato que aparece en la Biblia, en Génesis 38: 2 – 10<sup>36</sup>, como si el óvulo y el espermatozoide, en sí mismos y por separado, constituyeran una vida independiente de hombre y mujer.

En el año de 1984, la iglesia católica hizo declaraciones importantes donde da una determinación sobre este tema, y en el que toman una posición determinante:

"1. El embrión es un ser humano. Un óvulo no lo es... Pero una vez producida la maravilla... de la concepción humana, la nueva vida concebida es un individuo humano separado: un organismo de origen humano que posee en sí mismo todo lo que es necesario para organizar su propio desarrollo, su propio crecimiento, su propia multiplicación y diferenciación, si se le proporciona solamente nutrición y el ambiente apropiados..."<sup>37</sup>

Es aquí donde la iglesia acepta que para considerar que es un individuo independiente de la mujer, quien lo gesta, se necesita sea fertilizado el óvulo.

Ahora analicemos cuál es la opinión del derecho ante esta situación, para ello observemos la redacción del artículo 22 del C.C.V.D.F.:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es

<sup>35</sup> SMALLWOOD, William L. Y GREEN, Edna R. Op. Cit. Pág. 162.

<sup>36</sup> "LA SANTA BIBLIA ANTIGUO Y NUEVO TESTAMENTO". Ed. La biblioteca mexicana del hogar. Gran Bretaña. Pág. 31.

<sup>37</sup> GAFO, Javier (Varios autores). "Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho". Edita Publicaciones de la universidad pontificia Comillas Madrid (UPCM). Madrid, España. 1986. Pág. 154 y 155.

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

Esto tiene gran relevancia para el tema que estamos tratando, la ley protege al individuo desde la concepción, pues incluso apunta el artículo: “... se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”. Tan importante es esta visión, que atentar contra la vida del ser concebido aún no nacido, trae una sanción penal; y este delito, como sabemos, se llama “aborto” y aparece en el Libro Segundo, Título Decimonoveno, Capítulo VI del Código Penal. Por lo tanto, para poder considerar un nuevo individuo (una vida distinta a la de la mujer) se requiere que el óvulo este fecundado, para decir entonces que es un ser concebido aún no nacido.

### **3. ¿PUEDE UN ÓVULO, DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE, SER OBJETO INDIRECTO DE UN CONTRATO DE DONACIÓN O COMPRAVENTA?**

Los adelantos científicos y tecnológicos, jamás habían maravillado como hoy en día lo hacen; tan sólo en el siglo XX se entró a una era donde el hombre conquistó metas que jamás hubiera pensado; logró no sólo volar, sino salir del planeta para conocer más allá del horizonte que siempre había observado; la televisión, las computadoras, realmente avanzadas, hicieron que el hombre modificara sus hábitos de vida. Hoy en día la sorpresa, lo revolucionario está al alcance de la mano, pues la computadora no sólo es un instrumento que facilita la elaboración de un trabajo, sino que ayuda a conectar al mundo entero y a efectuar una serie de transacciones, sin salir de nuestro hogar.

Por Internet, podemos conseguir información del tema que queramos y de cualquier país del mundo; se puede tener conversación sin gastar en una llamada de larga distancia; se pueden efectuar traslados de cuentas bancarias de un país a otro, sólo oprimiendo botones, efectuar compra - ventas, ofrecer servicios, encontrar empleo, encontrar pareja, etc. Sin embargo, tristemente muchas operaciones que se efectúan en Internet se le escapan al Derecho, porque todo avanza de una manera excesivamente veloz lo cual a veces es imposible prever, ¿cuál es el futuro?. En estos tiempos la ciencia ha avanzado y crecido, de tal forma que podemos encontrar la posibilidad de escoger las características físicas de nuestros hijos. El 26 de Noviembre de 1997, apareció en Internet un documento sumamente interesante cuyo título es: “Niños a la carta” y que señalaba:

“Algunas clínicas de reproducción asistida de Estados Unidos ofrecen ya embriones con antecedentes raciales determinados, que proceden de donantes

con ojos azules, la tez blanca y con un nivel intelectual propio de estudiantes de las mejores universidades norteamericanas. El precio de estos embriones es de algo más de un millón de pesos chilenos por unidad. Según el diario The New York Times se han convertido ya en un negocio y han dejado de ser un secreto entre doctores y posibles padres.”<sup>38</sup>

Entonces las personas pueden elegir las características físicas e incluso intelectuales, por genes, para sus hijos; pero además, notemos que esto se está convirtiendo en “un negocio”, dejando abundante dinero, por lo cual ahora se tiende a la libre venta de óvulos.

En marzo del 2000 apareció un reportaje interesante en la revista “GLAMOUR en español” sobre la posibilidad de “gestar niños de pasarela”; el artículo tiene por título: “Óvulo de ‘diseñador’ a la venta en Internet, ¿para gestar bebés de pasarela?”. El reportaje trata de un sitio en Internet, cuyo nombre es: “Ron’s Angeles”, es decir, “los Angeles de Ron”. Esta compañía, tiene como finalidad “vender óvulos”; pero esos óvulos tienen características especiales, pues el artículo determina: “... que no buscaba óvulos comunes, extraídos de mujeres anónimas y accesibles a las parejas estériles en clínicas de fertilidad. No, Harris insistió en que a él sólo le interesaba ofrecer óvulos de mujeres muy bellas, por un pago de 29 a 95 dólares al mes (que más tarde fue eliminado) cualquiera que deseara aumentar la probabilidad de que sus hijos fueran hermosos, podía inscribirse en el sitio ‘Los Angeles de Ron’ y examinar una colección de seis mujeres atractivas (y un musculoso donante de esperma). El sitio presenta fotos en colores y detalla la edad, ocupación, educación, edad de los padres, origen étnico y religioso de las donantes, además del historial de salud de cada uno (incluyendo cualquier cirugía plástica).”<sup>39</sup>

El dueño de esta compañía es un fotógrafo, cuyo nombre es Ron Harris. Como puede notarse de la cita, este fotógrafo busca que las mujeres quienes vendan sus óvulos sean mujeres bellas pero con un cierto nivel de educación; por ello las mujeres quienes desean ser parte de los Angeles de Ron deben señalar cuáles son sus logros académicos.

De la cita, se puede notar cuál es la diferencia entre las clínicas de fertilización y el sitio de los “Angeles de Ron”, pues en el caso de las clínicas de fertilización, son óvulos de mujeres comunes, es decir, no se requiere ser una mujer sumamente bella para ser donadora o vendedora, porque generalmente se trata de donadoras anónimas, y a la pareja que no puede tener bebés, debido a que la mujer tiene dificultades con sus óvulos, se le da el óvulo; otra

<sup>38</sup> <http://www.tercera.cl/diario/1997/11/26/35.html>

<sup>39</sup> “GLAMOUR en español”. Glamour México. México Marzo 2000. Pág. 109 y 110.

de las diferencias, es que en los "Angeles de Ron" el óvulo se le da al mejor postor: a "Harris lo distingue la mentalidad de subasta. Las ofertas varían desde 15 mil a 150 mil dólares por los óvulos (las clínicas tradicionales de fertilidad y los negocios de intermediarios cobran de 2.500 a 5.000)."40

Los precios son muy altos; las ofertas en subasta deben ser altas para obtener el óvulo de la modelo.

Esto es lo que ocurre en la realidad actual; ahora la pregunta está en la regulación jurídica de nuestro país: ¿lo permite o no?, ¿podríamos ofertar óvulos como ocurre con los "Angeles de Ron"?

El rubro que lleva este apartado, cuestiona la posibilidad de hacer un contrato de donación o compraventa sobre el óvulo. El análisis que hemos hecho sobre los contratos de arrendamiento y el de prestación de servicios, han demostrado algunos aspectos que impiden se efectúe un contrato sobre este elemento tan importante.

Ya hemos observado que los contratos se componen de dos elementos:

- Los de existencia; y
- Los de validez

Los elementos de existencia a su vez se fraccionan en dos:

- El consentimiento, y
- El objeto

El que nos interesa conocer es " que el óvulo sea "objeto indirecto de un contrato de donación o compraventa".

Primero analizaremos el contrato de compraventa:

Analizando si el óvulo puede ser objeto jurídico indirecto de un contrato de compraventa, notamos que en este caso sería un dar, porque si se efectuara la compraventa, el vendedor tendría que dar y el comprador tendría que pagar por el objeto.

Pero sabemos que hay supuestos esenciales para que pueda una cosa ser objeto de un contrato:

---

<sup>40</sup> GLAMOUR en español. Op. Cit. Pág. 110.

- 1º Existir en la naturaleza
- 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- 3º Estar en el comercio

El óvulo objeto del contrato existe en la naturaleza y puede decirse que está determinado o individualizado si escogemos a la modelo por internet; pero el último punto es el realmente controvertido: "Estar en el comercio". Observando las clínicas como el de "Los Angeles de Ron", parece que sí están en el comercio; sin embargo, también debemos observar lo dispuesto en los artículos 748 y 749 del C.C.V.D.F.:

"Art. 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley".

"Art. 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."

El maestro Martínez Alfaro, explica qué debemos entender por "estar en el comercio":

"Estar en el comercio significa que la cosa sea susceptible de apropiación por permitirlo la naturaleza o la ley, arts.747, 748 y 749; consecuentemente, puede ser poseída de un modo exclusivo.

Hay cosas que la naturaleza impide que sean poseídas en forma exclusiva por una persona. Ejemplo: el medio ambiente, entonces se dice que es una cosa que está fuera del comercio por su naturaleza. En otras ocasiones es la norma jurídica la que impide que las cosas pertenezcan en forma exclusiva a las personas, como sucede con las calles o las carreteras, entonces se dice que están fuera del comercio por disposición de la ley".<sup>41</sup>

Con estas disposiciones, sabemos cuáles son las cosas que están fuera del comercio, ya sea por su naturaleza (es decir, que no se pueden reducir, a la propiedad exclusiva de alguna persona), y las que determina la ley que no pueden ser comerciables.

Por lo establecido en estos artículos, pueden surgir algunas dudas: ¿podrá el óvulo ser reducido a propiedad exclusiva de una persona?, ¿podemos vender y comprar óvulos, de acuerdo con las leyes vigentes?.

---

<sup>41</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op. Cit. Pág. 37.

Para responder hay que tomar en cuenta lo que dispone la Ley General de Salud, en el título decimocuarto, de la "Donación, trasplantes y pérdida de la vida". Tomamos este apartado porque se prevé la donación de las células germinales, el artículo 314 de la Ley General de Salud frac. I, define lo que se debe entender por células germinales:

"Para efectos de este artículo se entiende por:

- I. Células germinales reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión..."

Se refiere al óvulo (célula reproductora femenina), y al espermatozoide (célula reproductora masculina); pero habla exactamente de aquéllas que son fértiles, es decir, que son aptas para ser fertilizadas y puedan dar lugar a una nueva vida.

Para explicar la posibilidad que tiene el óvulo de ser objeto de un contrato de compraventa, que es necesario que estudiemos los siguientes conceptos: donador, embrión, órgano, tejido y trasplante; todas las definiciones de estas palabras, aparecen en el artículo 314 de la Ley General de Salud:

*Donador o donante.* Al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes (frac. VII).

*Embrión.* Al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional (frac. VIII).

*Órgano.* A la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los trabajos fisiológicos (frac. X).

*Tejido.* A la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función (frac. XIII)

*Trasplante.* A la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integre al organismo (frac. XIV).

Era necesario establecer, lo que por disposición legal debemos entender por cada una de estas palabras. La palabra trasplante, consiste en transferir un órgano, tejido o células, de una parte a otra, es decir cambiar de lugar; esto es muy importante, porque se prevé la posibilidad de cambiar de un cuerpo a otro los óvulos y los espermatozoides, pues claramente habla de "células"; y como

vimos, en la frac. I del artículo 314 de la LGS, se consideran como tales a los óvulos y a los espermatozoides.

La Ley General de Salud analiza la donación, como único medio para adquirir los órganos, tejidos y células; así, el artículo 320 de la LGS apunta:

“Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título.”

Entonces todas las personas podemos disponer de nuestro cuerpo, y la ley ofrece como medio para hacerlo, la donación, es decir a título gratuito. Para efectuar la donación se tiene que dar consentimiento, ya sea expreso o tácito:

“Art. 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.”

De este artículo se desprende que puede donarse en vida o después de la muerte

La propia ley determina los casos en lo cuales se necesitará dar consentimiento expreso, y en los que habrá consentimiento tácito:

“Art. 322. La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.”

“Art. 323. Se requerirá el consentimiento expreso:

- I. Para la donación de órganos y tejidos en vida, y
- II. Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas.”

La ley también aclara cuándo habrá consentimiento tácito:

“Art. 324. Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

El escrito por el que una persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento.”

“Art. 325. El consentimiento tácito sólo aplicará para la donación de órganos y tejidos una vez que se confirme la pérdida de la vida por el disponente.

En el caso de la donación tácita, los órganos y tejidos sólo podrán extraerse cuando se requieran para fines de trasplantes.”

Podemos notar que tratándose de donación de células progenitoras se requerirá de consentimiento expreso. Tratándose de órganos y tejidos, habrá consentimiento tácito cuando no se manifieste la negativa sobre donar el cuerpo o partes del mismo, y serán utilizados única y exclusivamente como trasplantes, tal como lo apunta el art. 325 de la Ley General de Salud.

Hemos dicho que sólo podrá hacerse donación de órganos tejidos y células y no así la venta de ellos, la pregunta es: ¿cuál es la base jurídica para afirmar tal cosa?. El fundamento jurídico aparece en los artículos transcritos que solamente hablan de donación, lo que genera la idea de una transferencia a título gratuito, pero además, lo confirma el artículo 327 de la Ley General de Salud, que a la letra indica:

“Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito”.

Prohibir “el comercio”, no significa fuera del comercio; notémos que el único medio para adquirir células (tanto masculinas como femeninas) es la donación, pues se prohíbe tajantemente el comercio de las células y se determina que se hará la cesión a título gratuito. Esta disposición se ve complementada con la

frac. II del artículo 462 de la Ley General de Salud, la cual establece la siguiente sanción:

“Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

- I.
- II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tenga por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará además, suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más en caso de reincidencia.”

Notamos que se sanciona el comercio o la simulación jurídica, por la que se obtenga una intermediación onerosa, a cambio de los elementos enunciados por el artículo 462, frac. II de la Ley General de Salud; e incluso se extiende la sanción no sólo a las personas que comercian, sino también a los profesionales, técnicos o auxiliares que intervienen, a quienes además de la sanción penal, se impone una suspensión de su actividad. Con todo esto, aprendemos que no se permite efectuar un contrato de compraventa sobre el óvulo, pues dicha conducta se ve teñido de ilícitud; al efectuarse un acto oneroso sobre dicho objeto. Esto indica que si se efectuara un contrato de compraventa sobre el óvulo el contrato será nulo, pues resulta ilícito ante las disposiciones legales aplicables. Estamos ante una norma taxativa, es decir que es obligatoria ...independientemente de la voluntad de las partes; en cambio los supletivas o supletorias pueden dejar de aplicarse por voluntad de las partes.

Las normas taxativas son de interés público, en consecuencia no son renunciables ni pueden ser cambiadas por pactos de los particulares; además pueden tener un carácter imperativo o prohibitivo. Las normas imperativas ordenan la ejecución de un hecho y las prohibitivas mandan la abstención de una conducta”.<sup>42</sup>

Como observamos la norma establecida en el artículo 462, fracción II de la Ley General de Salud, es una norma taxativa – prohibitiva, pues se ordena abstenerse de efectuar actos a título oneroso sobre células germinales; y como tal, esta norma no está sujeta a pactos en contrario por particulares, por lo que no se puede violentar lo establecido en ellas.

---

<sup>42</sup> MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op Cit. Pág. 121 y 122.

Analicemos el contrato de donación:

Al parecer, por lo que indica la Ley General de Salud, posiblemente lo admitido para la transmisión de los óvulos, es la donación. Antes de observar los elementos de existencia y de validez, anotaremos el concepto de contrato de donación y sus características:

*“El contrato de donación es aquel por virtud del cual una persona llamada donatario, dona una parte o la totalidad de sus bienes presentes, debiéndose reservar lo necesario para vivir según sus circunstancias y que produce el efecto translativo de dominio respecto de los bienes que sean materia del contrato.*

...1. Es un contrato translativo de dominio, por su naturaleza, más la transmisión no es esencial que se opere en el momento de la celebración y perfeccionamiento del contrato. Lo anterior da a entender que siempre que se perfeccione un contrato de donación, deberá haber la transmisión del dominio respecto del bien o derecho objeto del contrato, pero que este efecto puede diferirse a cierto tiempo por voluntad de las partes o por la naturaleza de las cosas.

3. Es un contrato que implica siempre una liberalidad por parte del donante. La transmisión de la propiedad es gratuita.
4. El objeto del contrato debe recaer sobre bienes o derechos presentes de carácter patrimonial que sean propiedad del donante en el momento de la celebración del contrato”.<sup>43</sup>

Tal como observamos en la Ley General Salud, la transmisión del óvulo tiene que ser a título gratuito, al parecer este podría ser el contrato que se efectúa sobre el óvulo. Pero observemos los elementos de existencia (consentimiento y objeto).

## EL CONSENTIMIENTO

Se formará por virtud de acuerdo de voluntades del donante y el donatario, sobre la transmisión del óvulo.

## EL OBJETO

- El objeto jurídico directo lo encontramos en este contrato, pues se pretende crear transmitir derechos y obligaciones.

---

<sup>43</sup> ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 139.

- El objeto indirecto, como vimos, es la cosa o el hecho que el obligado tiene que dar o efectuar, esto se desprende del artículo 1824 del C.C.V.D.F.:

“Son objeto de los contratos:

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

Hacemos esta anotación, porque lo que debemos cuestionar es: ¿el óvulo es cosa?, ¿a partir de cuándo?, y ¿qué debemos entender jurídicamente?.

Al respecto, cabe meditar sobre la procedencia del óvulo: nosotros pensamos que mientras el óvulo se encuentra dentro del cuerpo de la mujer se considera parte de él y por lo tanto el óvulo no es cosa; sin embargo, cuando el óvulo esté fuera ya podemos considerarlo como cosa, y en ese caso podrá ser objeto de un contrato.

Cuando se encuentra dentro del cuerpo de la mujer no podemos considerar al óvulo como un bien, pues: “Desde un punto de vista jurídico, la ley entiende por bien todo aquello que pueda ser objeto de apropiación... aquellos bienes que no puedan ser objeto de apropiación, aun cuando sean útiles al hombre, no lo serán desde el punto de vista jurídico. En la naturaleza existen gran cantidad de bienes que no pueden ser objeto de apropiación, tales como el aire, el mar, los astros, etc.”<sup>44</sup> El cuerpo no es susceptible de apropiación.

Entonces, ¿podríamos efectuar un contrato de cosa futura sobre el óvulo?. El maestro Pérez Fernández del Castillo señala que: “... las cosas futuras son los bienes corporales que no existen y por lo tanto todavía no pertenecen a nadie...”<sup>45</sup>

De acuerdo con este concepto, el óvulo no podría considerarse como cosa futura, pues el óvulo es un bien corporal que ya existe (la mujer nace con ellos), y ya tiene propietaria, (la mujer que los posee, desde su nacimiento). Incluso vale la pena notar una aclaración que hace el autor citado:

“No se pueden considerar futuras, las cosas que existen en la naturaleza...”<sup>46</sup>

Como es el caso de los óvulos que ya existen en la naturaleza. Por lo estudiado, notamos que no podría pactarse sobre los óvulos aún no extraídos de una mujer. Creemos que una vez extraídos, podría efectuarse el contrato de donación. Además esto tiene un lado positivo, pues con esto se puede

<sup>44</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 67

<sup>45</sup> PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. Op. Cit. Pág. 132.

<sup>46</sup> Ibid. Pág. 133.

contribuir a mantener el anonimato del donante (cuando se trate de inseminación o fecundación heteróloga, el arrendamiento de vientre y la maternidad subrogada). Entonces, si aceptamos que una vez extraído el óvulo puede pactarse el contrato de donación, podemos analizar si el óvulo cuenta con las características señaladas en el artículo 1825 del C.C.V.D.F.:

- El óvulo ya existe en la naturaleza.
- Es determinable en cuanto a especie e incluso puede individualizarse.
- Se prohíbe comerciar a título oneroso, pero no está excluido del comercio.

Ahora continuemos con los elementos de validez:

### LA CAPACIDAD

- El donante requiere capacidad de ejercicio y necesita ser la propietaria del óvulo; cabe señalar que las instituciones que se dedican a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pueden también ser propietarios, para ello la donante primaria, es decir de quien se extrae el óvulo, debió cederlo a la institución.
- El donatario debe contar con capacidad general, en este caso se aplican las reglas generales para la ausencia de los vicios del consentimiento.

Por lo que se refiere a la licitud; no debemos confundir; si no se ha separado el óvulo de la madre, la cosa no es ilícita, sino que el objeto del contrato será inexistente, pues no existe la cosa, las personas no son cosas.

## VI. LA CLONACIÓN

### 1. EN QUÉ CONSISTE LA CLONACIÓN

El concepto clonación proviene de la palabra clon, la cual deriva del vocablo griego Klón, cuyo significado es retoño. Clonación: "m. Grupo de organismos que descienden, por reproducción vegetativa, de un antepasado común."<sup>47</sup> El maestro José Barroso Figueroa aclara la raíz de la palabra clonaje y explica que la práctica de la clonación no es nueva; siglos atrás ya se efectuaba, pero se

---

<sup>47</sup> Enciclopedia Salvat diccionario. Tomo 3. Salvat editores, S.A. Barcelona, España. 1976. Pág. 790.

aplicaba sólo a vegetales y lo que se pretendía era generar un vegetal idéntico a aquél del cual provenía.<sup>48</sup>

Por otra parte, encontramos la definición dada por el Doctor Gutiérrez y González:

“CLONACIÓN O CLONIFICACIÓN ES LA REPRODUCCIÓN ASEJUADA, QUE OBTIENE: A.- DE DESARROLLAR UN GRUPO DE CELULAS U ORGANISMOS IDENTICOS, O UN SOLO MIEMBRO CELULA CORPORAL (CASO DE LA ‘RAMITA’ O ‘PIECITO’), O B.- LA FECUNDACION QUE SE OBTIENE RETIRANDO EL NUCLEO DEL OVULO NO FECUNDADO, Y SE SUSTITUYE POR EL NUCLEO DE UNA CELULA NO SEXUAL DE UN ORGANISMO ADULTO, MASCULINO, DESARROLLANDOSE ESTE OVULO COMO SI HUBIESE SIDO FECUNDADO POR UN ESPERMA, DANDO LUGAR A UN SER IDENTICO AL QUE APORTO LA CELULA ASEJUADA.”<sup>49</sup>

La explicación sintetizada, en concepto del maestro Gutiérrez y González, resulta clara: la clonación, permite reproducir un ser totalmente idéntico bastando con la célula de una sola persona ( sea hombre o mujer), esto implica que no se requiere de una pareja para generar vida, pero necesariamente de una hembra para gestar el óvulo y consume el proceso de clonación.

Ahora resulta menester entender en qué consiste la clonación y cuáles son los pasos a seguir.

El doctor Horacio Merchant presentó en el año de 1997, una explicación clara sobre el fenómeno de la clonación:

“En el proceso de clonación se eliminan los genes del óvulo, y en lugar del espermatozoide se introduce el núcleo de una célula obtenida del tejido de un individuo adulto. Posteriormente se transfiere el óvulo con el núcleo trasplantado, a la matriz de una hembra para que se desarrolle. Al nacer, el ‘nuevo’ individuo tendrá los mismos genes del que donó el núcleo...”<sup>50</sup>

Observamos que la pretensión con la clonación, es obtener seres totalmente idénticos al clonado, es decir, que no haya diferencia; ni física, ni en cuanto a capacidad intelectual y artística, es decir, las habilidades que posea el ser clonado, deberán poseerlas los clones.

<sup>48</sup> BARROSO FIGUEROA, José. Trabajo sobre clonación cuyo título es “clonación”, mismo que el autor amablemente nos prestó.

<sup>49</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. “Derecho sucesorio inter vivos y mortis causa” Ed. Porrúa, S.A. 2ª edición. México. 1997. Pág. 281.

<sup>50</sup> GACETA UNAM. Número. 3095. 17 de abril de 1997. Pág. 3.

El maestro Barroso Figueroa, nos explica de manera clara y sencilla como se lleva a cabo la clonación:

“Se desarrolla básicamente en tres etapas: en primer término, la creación del embrión mediante la sustitución del núcleo de un óvulo maduro, por el de una célula corporal; seguidamente, la preservación y cultivo del embrión, alimentándolo artificialmente en una cápsula de laboratorio (de lo que se trata, principalmente, es de reproducir el medio que normalmente existe en las trompas de falopio y el útero. Los ingredientes del caldo de cultivo pueden ser sodio, bicarbonato, calcio, proteínas, suero sanguíneo, líquido proveniente de los folículos ováricos y otras sustancias más) y, finalmente, la transferencia del embrión a la cavidad uterina de una hembra...

Para realizar una clonación nuclear, según lo demostró el experimento de la oveja dolly, (el procedimiento) es el siguiente:

- 1) Se provee una célula somática especializada.
- 2) Esta célula contiene la copia de cada gen necesario para la creación del ser vivo específico que se pretenda donar.
- 3) Como solo están activos los genes para sintetizar las proteínas indispensables para dicha célula somática especializada, entonces las células crecen y se dividen copiándose a sí mismas.
- 4) Si se disminuyen los nutrientes durante el cultivo in vitro de dichas células, se logran que entren en inactividad.
- 5) En este momento todos los genes pueden ser activados.
- 6) Un ser vivo de la misma especie aporta el óvulo u oocito y se mantiene vivo in vitro.
- 7) Se le saca el núcleo con toda la información genética al óvulo.
- 8) La célula somática especializada y el óvulo se funden con una chispa de electricidad. Y las moléculas del óvulo programan genes en la célula somática especializada para producir el embrión.
- 9) Se desarrollan las células embrionarias y se implantan los embriones en una madre portadora.
- 10) El nuevo ser vivo es idéntico al donante de la célula somática especializada...<sup>51</sup>

Es un proceso notoriamente complicado, pero reviste gran relevancia, pues a partir de la creación de la oveja Dolly se abre una gran posibilidad para clonar humanos; es por esto, que al lograr nacer la oveja Dolly, los grupos de científicos, de filósofos, de religiosos y de justas, se volcaron en controversia, a fin de establecer los pros y los contras para permitir o prohibir la reproducción no natural por clonación.

---

<sup>51</sup> BARROSO FIGUEROA, José. Op. Cit. Pág. 2,12 y 13.

Uno de los aspectos que caracteriza a la clonación y que se puso de manifiesto con el primer mamífero superior clonado, es que no se necesitó de un macho y una hembra para generar una nueva vida, ya que de una sola hembra se logró (por el científico Ian Wilmut y sus colaboradores del Instituto Roslin de Edimburgo) obtener a Dolly.

Es menester agregar un apunte que hace el maestro Barroso Figueroa sobre la clonación, donde nos muestra, nuevamente de manera diáfana y simple, las complicaciones que se presentan al proceder a aquélla: "Para llevar a cabo la clonación, conviene elegir células de renovación rápida, que una vez obtenidas deben sujetarse a cultivo a fin de prepararlas para que desarrollen adecuadamente la división celular, cuando se produzca la fusión con el óvulo. Incluso, las células que finalmente se emplean no son las originales, sino sus descendientes, que con el proceso de cultivo algo pierden de su especialización, con lo que se amplía la posibilidad de sincronización.

Quizá el mayor problema que afronta quien intenta la clonación, consiste en sincronizar la división del citoplasma de la célula embrionaria con el núcleo de la célula corporal, para lograr que se dividan a igual velocidad que las corporales y si una vez insertado el núcleo que se ha tomado de una célula del cuerpo no se divide sincrónicamente con la célula receptora, los cromosomas contenidos en dicho núcleo estallan; de no suceder esta destrucción y continuar el núcleo su desarrollo, el clon nacerá deforme."<sup>52</sup>

Con la explicación vertida, comprendemos la delicadeza de la clonación, precisamente porque las células del ser humano no son de renovación rápida; pero además, el problema de la sincronización es verdaderamente grave; en caso de no dividirse sincrónicamente, como apunta el maestro Barroso Figueroa, traerá como consecuencia la deformación del producto.

## **2. ESTADO ACTUAL EN QUE SE ENCUENTRA LA POSIBILIDAD DE REPRODUCCIÓN DE HUMANOS MEDIANTE CLONACIÓN.**

Científicamente está muy cercana la posibilidad de lograr la clonación de seres humanos; cabe señalar que el 13 de octubre de 1993, se hizo público que un grupo de biólogos de los Estados Unidos de América lograron clonar un embrión humano, este hallazgo no causó los mismos efectos que la oveja Dolly, ya que un mes más tarde se anunció la suspensión del ensayo, pues se consideró que antes de llegar a efectuar este tipo de experimentos, era

<sup>52</sup> BARROSO FIGUEROA, José. Op. Cit. Pág. 3.

necesario debatir el tema desde un punto de vista ético; por lo tanto, la interrupción del experimento no permitió que se llegara a clonar al primer ser humano.

En el caso de la oveja Dolly se pone de manifiesto la posibilidad de clonar mamíferos superiores, ya que antes, se había logrado clonar animales mamíferos como el ratón. Pero en el caso de los mamíferos superiores, la clonación es una tarea extraordinariamente compleja; por esta razón cuando se logra clonar la oveja Dolly, la comunidad internacional se alteró, porque prácticamente se llegó a un paso de lograr la clonación de seres humanos, pues lo único que falta para hacerlo es que se inicie el procedimiento.

En cambio en el terreno jurídico, la regulación de la clonación con general aceptación, está distante. A raíz del acontecimiento de la oveja Dolly, muchos fueron los debates que se sostuvieron sobre la posibilidad de clonar seres humanos. El 11 de noviembre de 1997, se proclama la "Declaración universal sobre el genoma y los derechos humanos", por la Conferencia General de la UNESCO; en su artículo 11 establece la siguiente consigna:

"No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración."

Puede apreciarse que jurídicamente no se permite la clonación, no importa que se haga en beneficio de los seres humanos; como hace algún tiempo se propuso, que se clonaran seres humanos que nacieran sin cabeza, pues esto iba a facilitar que en caso de no encontrar donantes de órganos, tejidos, etc., los clones fueran una especie de repuestos. Esta idea avanzó y ahora sólo se pretende clonar órganos y partes determinadas del cuerpo. Sin embargo, tajantemente se prohíbe la clonación que genere filiación, por lo que la posibilidad de clonar seres humanos es remota, ya que el hacerlo sería ilícito.

### **3. JUICIO CRÍTICO ACERCA DE LA CONVENIENCIA DEL EMPLEO DE LA CLONACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA.**

Para poder hacer un juicio crítico, es necesario proceder previamente a hacer una división sobre puntos a favor y en contra. No podemos hacer una crítica si no conocemos los pesos y contrapesos de la clonación.

Nuevamente recordaremos una situación que resulta evidente en nuestra época; la tecnología, la ciencia evoluciona de tal manera, que pensamos que estamos ante aspectos que muchas veces favorecen a la vida de los seres humanos, pero de los cuales desconocemos las afecciones que pueden causar.

Hoy en día, hablando biológicamente la vida está más resguardada; hemos alcanzado la posibilidad de alargar nuestra existencia, los medicamentos han disminuido la mortandad; sin embargo, aparecen nuevas enfermedades de las cuales se tiene que investigar y estudiar más. Pareciera que la naturaleza se defiende ante el inminente ataque de su mayor depredador, el hombre; y que para recordar que la supremacía corresponde a ella, le genera nuevas afecciones.

El hombre al nacer es el animal más débil de todas las criaturas de la naturaleza; si lo abandonamos siendo un bebé no podría sobrevivir: no tiene pelo, como otros animales para cubrirse del frío, carece de garras para defenderse de sus depredadores naturales, tampoco tiene dientes para masticar sus alimentos. El hombre sólo cuenta con un arma, que es aquella que lo hace superior a los demás animales, el raciocinio. Gracias a esta cualidad, el hombre no solamente ha podido sobrevivir, sino sobreponerse a los demás animales.

Después de estas breves reflexiones, observemos cuáles son los beneficios y los perjuicios de la clonación.

- POSTURA A FAVOR DE LA CLONACIÓN HUMANA.

- ❖ Uno de los principales argumentos que se dan para aceptar la clonación, es que con ella se logrará *la prolongación de una habilidad, ya sea intelectual o artística en beneficio de la humanidad*. Es decir, se pretende clonar individuos que se hayan destacado, como verdaderos genios (ya sea como científicos, filósofos, pensadores, etc., cuyas ideas hayan aportado a la humanidad un beneficio que se manifieste mejorando el nivel de vida. Al oír esta idea, pensamos lo maravilloso que hubiese sido tener hoy en día el clon de Albert Einstein; qué hubiera podido prolongar el uso de su inteligencia para descubrirnos más misterios de nuestro universo. Al parecer esto se convierte en una especie de fuente de la juventud, pues aunque se marche uno, quedará otro idéntico, y las ideas truncadas por un acto natural como la muerte, podrán ser terminadas. Lo mismo ocurre si pensamos en el trabajo de la madre Teresa de Calcuta; cuántos seres humanos necesitamos de ese espíritu de nobleza y dedicación; podríamos

citar más casos, pero ahora pensemos en los artistas. Sería magnífico poder tener a un Leonardo Da Vinci, un ser humano con todas sus habilidades, en el campo artístico y también en el científico; de igual forma pensar en un Mozart; en un Bethoven; un Julio Verne con esa increíble posibilidad de prever el futuro, imaginando situaciones futuras y la facilidad para narrar y maravillar al lector. Es entonces cuando la clonación nos hace soñar y pensar en las posibilidades que tendrá para beneficiarse, no sólo la generación que disfrutó la oportunidad de convivir con ese genio, ya sea intelectual o artístico, sino también nuestros hijos, los hijos de nuestros hijos, etc , logrando así que aquello que es una vieja teoría dejada por un científico, pueda irse actualizando y modificando, por un ser con el mismo alcance intelectual del primer y original genio.

Es aquí donde entra el segundo argumento para apoyar la clonación:

- ❖ *La garantía de la calidad.* La reproducción sexual llevada de manera natural y normal, no garantiza que el hijo que se engendra con otra persona tendrá la misma capacidad intelectual que el padre o la madre, pues hay una serie de combinaciones genéticas que se suscitan y de las cuales no se puede tener la certeza de que si el padre era un excelente pintor, el hijo también lo sea, o un cantante, etc. No existe la certeza de que podrá tener determinadas habilidades o bien otras no heredarlas. Esta situación no es extraña, pues incluso se puede ver reflejada en un par de gemelos, donde aunque sean idénticos físicamente, son distintos en carácter, en temperamento, y en habilidades.

En cambio, la clonación garantiza que el clon tendrá el mismo coeficiente intelectual y también las habilidades que poseía artísticamente la persona

- ❖ Un tercer elemento que se puede encontrar a favor de la clonación, es *la base para una mejor sociedad, más ordenada y equilibrada.* Teniendo la posibilidad de generar científicos con la misma potencialidad, se garantiza una mejor vida, la posibilidad de avance con un nivel de vida más aceptable para los seres humanos.

De igual forma con los artistas. Si nosotros observamos la historia, notamos que hay etapas en las cuales la producción artística disminuye y otros períodos donde abunda; por ejemplo, en nuestra época encontrar un artista realmente destacado y con la potencialidad para impresionar y lograr desatar nuestra emoción al ver sus trabajos, es un tanto raro. Es por esto que la clonación se presenta como una ventaja real.

- ❖ El cuarto argumento a favor es: *La generación de órganos y la disminución del delito de tráfico de órganos*. Cuando apareció el fenómeno Dolly, surgieron novedosas ideas. Es así como se propone otra finalidad en beneficio de la humanidad, que consiste en crear clones de todos los seres humanos, sólo que estos clones iban a estar caracterizados por no tener cabeza, o mejor dicho cerebro, con la finalidad de que fueran una especie de repuesto; es decir, cuando necesitaríamos un riñón, un hígado o cualquier órgano, no tendríamos que esperar mucho tiempo para saber si llega o no; con los clones podríamos disponer inmediatamente de ellos y habría la posibilidad de cambiar cualquier órgano que nos presentara problemas, eliminando las posibilidades de rechazo. Ahora es más novedosa la idea, pues sólo se pretende clonar los órganos o partes del cuerpo que podamos necesitar; garantizando con ello una solución inmediata a todos aquéllos quienes tengan algún accidente o una enfermedad; además de la garantía de compatibilidad con el órgano que se le ponga.

#### • POSTURA EN CONTRA DE LA CLONACIÓN

- ❖ *Posible discriminación a causa de la clonación*. En los puntos a favor de la clonación, comentamos como primero, “la prolongación de la inteligencia en beneficio de la humanidad”; la contraparte es precisamente el argumento motivo de este tema. Se afirmó que la clonación garantiza que los seres obtenidos por ella tendrán el mismo nivel intelectual y habilidades artísticas del ser clonado. Es aquí donde también cuestionaremos “la garantía de calidad”.

La principal pretensión que se tiene con la clonación es que los genios no mueran; es decir, que una vez que fallezcan, exista alguien quien tiene la misma capacidad y todos los elementos para continuar con su labor, con la ventaja de tener los conocimientos dejados por su antecesor. En el caso de la clonación hay muchas cosas que cuestionar, pues no debemos olvidar la situación de los filósofos; de los intelectuales; de los creadores de teorías revolucionarias, sociológicas e ideológicas; muchos de esos pensadores son producto del entorno social en el cual se desarrollaron. Es muy importante conocer el ambiente familiar y social que les tocó vivir, para poder entender la teoría presentada. Por ejemplo, pensemos en Carlos Marx, ¿cómo hubieran sido sus teorías si hubiera tenido una condición económica desahogada?, ¿habría creado el socialismo y el comunismo como propuesta de vida, con credibilidad?

Cuán importante resulta el entorno en el cual se desenvuelven las personas, pues no olvidemos que "todos somos producto de nuestras experiencias". Si cada uno de nosotros ostenta una teoría, valores, principios, ética de índole muy personal, se debe a lo que nos ha tocado vivir. En el caso de los clonados, tendrían que ser "acondicionados"<sup>53</sup> para que tuvieran la mentalidad de la persona de la que fueron clonados; lo mismo se requerirá para los artistas; verbi gracia, pensemos en Bethoven que él cuando quedó sordo compuso sus mejores obras; si lo hubiéramos podido clonar, ¿ tendríamos que volver sordo al clon para que compusiera mejor?

Otra de las cosas que ocurren con la clonación, es una posible discriminación, porque la primera pregunta que debemos hacernos, es ¿ quién elegirá a los seres que se van a clonar?. Comentamos en el párrafo anterior la necesidad de un "acondicionamiento"; esta necesidad está sumamente ligada con la discriminación, ya que existe la posibilidad de generar seres humanos idénticos, pero vistos no como humanos sino como objetos que pueden ser útiles o no, ya que se puede tener la idea de crear diferentes tipos de personas con una capacidad intelectual distinta, para destinarlas a un trabajo específico; este propósito incluso disminuiría la capacidad intelectual de algunos seres humanos:

Esto nos trae el recuerdo de la obra de Aldous Huxley "Un mundo feliz" quien seguramente no pensó en lo cercano que podríamos llegar a estar de un fenómeno de reproducción como el descrito en su obra.

Lo que pretendían en "Un mundo feliz", era tener una sociedad perfecta, estable; para ello se requería del "acondicionamiento", es decir, una serie de procedimientos para que el ser se adecuara a la sociedad en la que vivía, bajo el papel que le tocaba desarrollar, sin tener aspiraciones, anhelos: "... el secreto de la felicidad y la virtud: amar lo que hay obligación de hacer. Tal vez es el fin de todo el acondicionamiento: hace que cada uno ame el destino social, del que no podrá liberarse..."<sup>54</sup>

Con el acondicionamiento se creaba un ser humano falto de ambición y de cuestionamiento, es decir, un conformista que estuviese contento con su situación; por ello se ponían unas grabaciones para lograr el conformismo, aunque se les establecían ciertos gustos con la finalidad de que gastarían en ellos:

---

<sup>53</sup> El término lo tomamos de la obra del autor Aldous Huxley, "Un mundo feliz", de la cual hablaremos más adelante.

<sup>54</sup> HUXLEY, Aldous. Op. Cit. Pág. 22 y 23.

"... visten de verde", decía una voz suave, pero clara, comenzando por la mitad de la frase, 'y los niños Deltas, de caqui. ¡Oh! No, no quiero jugar con los niños Deltas. Y los Epsilones son aún peores. Son demasiado tontos para aprender a leer y escribir. Además van de negro, que es un color antipático. ¡Cuan contento estoy de ser un Beta!

....  
'Los niños Alfas van de gris. Trabajan mucho más que nosotros porque son prodigiosamente inteligentes. La verdad es que estoy muy satisfecho de ser un Beta, pues no tengo un trabajo tan pesado. Y además somos mucho mejores que los Gammas y los Deltas. Los Gammas son unos tontos. Visten de verde. Y los niños Deltas, de caqui. No, no, no quiero jugar con los niños Deltas. Y los Epsilones son aún peores. Son demasiado tontos para aprender...'»<sup>55</sup>

En el caso de la clonación se corre el peligro de la discriminación. Pensemos de manera objetiva lo que ocurriría si acudiera un clon de el científico a conseguir trabajo como científico y un joven estudiante egresado de una universidad como la nuestra ("UNAM") solicitara el trabajo, ¿A quién se le darían preferencia?. Siendo objetivos sabríamos que se le daría al clon, pues el clon sería preferido a cualquier persona común, ya que éste ostenta una garantía de lo que ya fue el científico del cual se clonó. Se convierte en un peligro real, porque sin dar oportunidad de desarrollarse a una persona y de demostrar que es apto se le rechaza. De aquí surge otra cosa interesante, el cuestionamiento sobre la constitucionalidad de determinarle a una persona, el oficio al que se dedicará. Es necesario recordar que en el caso de la clonación, se clona con la finalidad de generar seres que provienen de personas destacadas por habilidades intelectuales o artísticas, que han sido demostradas. Entonces, si se clona, es para que el clon se dedique a lo que el científico, intelectual, filósofo o artista se dedicaba, no para que haga otra cosa. Esta situación, ¿acaso no contraviene el artículo 5 de la constitución? Cabe señalar que las garantías constitucionales son ganadas después de siglos de injusticia. En el año de 1789 se logra consolidar la Carta de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, y a partir de su surgimiento, fueron cobijados por las cartas supremas de los países. Las garantías han servido para conservar los elementos que dignifican a la humanidad y de los cuales no se puede prescindir, pues son un punto medular en nuestra vida. Así el artículo 5 de nuestra Ley Suprema, incluye la siguiente disposición:

"A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos

---

<sup>55</sup> HUXLEY, Aldous. Op. Cit. Pág. 32.

de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad..."

Con la clonación pensamos que no hay tal libertad enunciada en el artículo 5º de la Constitución, pues si bien es cierto que a los hijos se les puede encaminar para que desarrollen una actividad, no se les puede obligar a que la tomen específicamente, en el caso de la clonación se les limita esta libertad porque el objetivo a lograr es que se dediquen a la actividad a la cual se dedicaba el ser del que fueron clonados.

Volvemos a un problema interesante de la discriminación; el trato que se le dará a los clonados y a quienes no lo son. Nuestro país se ha destacado por brindar oportunidades auténticas. En México se puede provenir de la familia más humilde que se piense y llegar a ser presidente de la República; tomemos como ejemplo al benemérito de las Américas, Don Benito Juárez García, quien procediendo de cuna humilde y a quien le costó tanto superarse, lo hizo; y no solo aprendió primero el idioma español y luego a leer y escribir, sino que obtuvo una carrera como Licenciado en Derecho y posteriormente llegó a ser presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Es éste un claro ejemplo de lo que se puede lograr estudiando, pero donde hay libertades que abren la posibilidad para superarse. Las universidades públicas dan esta oportunidad y permiten observar la diversidad en sus aulas, por lo que de un lado puede verse sentado un joven quien vende periódicos y del otro, al hijo del presidente de la República. La clonación abre la posibilidad de perder esta diversidad. Habrá escuelas que peleen por tener en su recinto a los seres clonados y rechacen a otros por no tener la garantía que respalda a un ser clonado; se podrán cerrar las puertas a futuros genios e incluso, podría llegarse al extremo de cerrar círculos en los cuales quedarán únicamente las élites compuestas por los clonados. Puede pensarse que si se trata de un genio, quien compite con un clonado, será prácticamente imposible rechazar al primero, pues si es un genio dará una batalla ciertamente complicada; sin embargo, cabe hacer el razonamiento, de que muchos genios no demuestran su inteligencia de manera inmediata, es decir, su genialidad no está a flor de piel, lo mismo ocurre con los artistas, pongamos dos ejemplos muy claros. Muchas veces, al conocer las biografías de grandes personajes nos impacta saber todo el sufrimiento que debieron vivir para obtener una oportunidad; en cambio hay otros a quienes la suerte les sonríe y todo resulta sencillo. Sin embargo, no han sido muchos los que han corrido con esa suerte. Hace años, tuvimos la oportunidad de escuchar dos anécdotas interesantes de boca del maestro José Barroso Figueroa. El maestro narraba sobre un personaje que admira profundamente, el mejor físico de todas las épocas, Albert Einstein. El licenciado Barroso comentaba que siendo Albert Einstein muy pequeño sus padres muy inquietos por la suerte futura de su hijo, fueron a inquirirle al profesor, en aquel entonces

del niño Albert Ainstain, sobre el aprovechamiento escolar del mismo; de igual forma le preguntaron que cuál podría ser la actividad a la que convendría se dedicara el niño cuando creciera; el profesor de Albert Ainstain les contestó: "es igual, a cualquiera, de todos modos nunca destacará en nada". Sorprendente respuesta, pues el mejor físico de todos los tiempos, quien vino a revolucionar y evolucionar las teorías de física, "no tenía futuro", según su profesor. Esto se debía a que Albert Einstein era un tanto distraído o al menos esa impresión daba; era una persona a quien se le planteaba un problema, lo observaba y no lo contestaba; salía, caminaba un rato, y cuando regresaba ya tenía la solución. Es así como puede haber un genio frente a nosotros y no percatarnos de ello. No solo los intelectuales han tenido este problema. El maestro Barroso Figueroa contó otra anécdota interesante, el personaje del que hablaremos no tuvo la trascendencia de Albert Einstein; su gracia era el canto, su nombre era Pedro Vargas; ¿quién no lo conoce, y lo recuerda, por ser uno de los más populares interpretes del autor Agustín Lara?. Don Pedro Vargas, quien tenía una voz privilegiada; entró a concursar a uno de los programas que antes existían y cuya temática consistía en cantar. Sin embargo, si la persona cantaba mal, se desafinaba o desencuadraba, se tocaba una campana como señal de descalificación; cuando Pedro Vargas empezó a cantar le tocaron la campana en señal de descalificación. Es simpática esta situación, porque se descalificó a uno de los más exquisitos interpretes del bolero romántico. Entonces podemos estar ante artistas privilegiados o científicos y sin embargo, puede no reconocérseles y consecuentemente ser tratados como lo que son, seres con gracias especiales.

Por último, comentaremos el argumento vertido al final en la postura que está a favor de la clonación, es decir, sobre la posibilidad de clonar para tener órganos de repuesto. No se puede negar la nobleza de la idea, pues cuántas veces hemos escuchado y visto por televisión, radio o periódico, que hay señores, señoras, ancianos, niños que necesitan la donación de un órgano para vivir. Cuando se está en esta situación, se lucha contra el tiempo; se vuelve ésto el principal enemigo, ya que de no efectuarse la donación lo más pronto posible, la persona que lo solicita puede perder la vida. Esto hace que el hecho de pensar en clonar a todos los seres humanos para tener una especie de repuesto para el momento en el cual surja la necesidad poderla satisfacer, sin tener que esperar a que llegue el donador, hace de la clonación la idea más tentadora. Sin embargo, entran muchas cuestiones en conflicto, sobre todo cuando pensamos en los clones que nacerán sin cabeza o muertos, ¿acaso el provocar que estos clones - repuesto, nazcan muertos, no es tanto como determinar quién vive y quién muere?, ¿No se equipara en cierta forma al homicidio, pues premeditadamente interviene el hombre para que estos seres no vivan?, ¿no es esto atentar contra la vida de un ser humano?, ¿no es jugar a ser dios, determinando quién vive y quién muere?, ¿sería contrario a las leyes?.

Es muy noble la idea del repuesto e incluso un medio eficaz para combatir el tráfico de órganos; el problema sería que se atenta contra la vida, además se contravendrían las leyes de orden público. Ya estudiamos la disposición del artículo 22 del C.C.V.D.F., donde se establece que se da protección al ser desde que es concebido; y como hemos visto para que se forme un clon, hay un proceso sumamente complicado, dándose la concepción cuyo paso posterior es dar oportunidad a que se desarrolle el nuevo ser. Es difícil saber en qué momento se le quitará la vida; se le anulará la función del cerebro, pues se requerirá que los órganos tengan vida, habrá algunos que puedan ser congelados, pero otros deberán estar en función. Hay que recordar que la Ley General de Salud, establece los casos en los que se considera que hay pérdida de vida; estos aparecen en el artículo 343:

“Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando:

- I. Se presente la muerte cerebral, o
- II. Se presenten los siguientes signos de muerte:
  - a) La ausencia completa y permanente de conciencia;
  - b) La ausencia permanente de respiración espontánea;
  - c) La ausencia de los reflejos del tallo cerebral, y
  - d) El paro cardíaco irreversible.

La propia ley aclara cuándo se considera que hay muerte cerebral:

“Art. 344. La muerte cerebral se presenta cuando existen los siguientes signos:

- I. Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales;
- II. Ausencia de automatismo respiratorio, y
- III. Evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos. Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas.

Los signos señalados en las fracciones anteriores deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas:

- I. Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral, o
- II. Electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas.”

Pero además, la propia Ley General de Salud nos muestra que puede existir muerte cerebral y con lo que se carecería de los signos apuntados en la fracción II del artículo 343, en cuyo caso se podrá solicitar cese el empleo de los medios artificiales que impide la prestación de los mencionados signos.

"Art. 345. No existirá impedimento alguno para que a solicitud o autorización de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado; se prescindan de los medios artificiales que evitan que en aquél que presenta muerte cerebral comprobada se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere la fracción II del artículo 343."

En el caso de los clones, ¿no hay acaso inducción a la muerte por parte del científico?, ¿podría admitirse éticamente esta situación?, ¿es correcto que para salvar una vida, asesinemos a otro, un ser inocente?. Afortunadamente la clonación de órganos ha tenido una evolución, por lo que no será necesario causar muerte en algún individuo; por los ahorros generados por la clonación, creemos que podría ser el único aspecto de la clonación aceptable, los problemas estarán en los costos y la accesibilidad a todos los seres humanos

Creemos que son más aspectos en contra que los que podrían favorecer, a la clonación, por lo que tampoco se podría aceptar la clonación que genere filiación, además del Tratado donde se establece la prohibición expresa de ésta.

En el caso de la donación de órganos, resulta mejor la medida tomada por nuestro gobierno mexicano, aunque sabemos que en México no tenemos la cultura de la donación, es benéfico que exista la donación tácita, es decir, que en caso de no dar una negativa expresa sobre la donación de nuestros órganos, éstos sean donados, ya que esta medida tiene como finalidad, la disminución del tráfico de órganos. Al menos esta resulta una buena opción, antes de que opere en México la posibilidad de la clonación de órganos.

En este tipo de propuestas, donde se nota la necesidad de establecer reglas de moral para los médicos, determinar los parámetros éticos; no se puede permitir que se creen élites donde se impida a todos los pobladores de la tierra acceder a ellos; se ha terminado la esclavitud y una serie de prácticas, que degradaban la dignidad humana. Mucho se ha tenido que luchar; la historia muestra guerras, revoluciones, cuyo objetivo era lograr un trato, como lo que somos; seres humanos. No se puede, ni debe permitir que aquellos logros que hemos obtenido se desperdicien y queden en el olvido. Posiblemente haya quien califique de paranoia, el pensar que la clonación pueda llevarnos a vivir la obra de Aldous Huxley "Un mundo feliz"; pero hay que estar conscientes que la realidad de "Un mundo feliz", no está alejada de la nuestra.

El objetivo de los inventos, de los descubrimientos, no debe ser el aporte económico que se pueda brindar, sino la felicidad que otorguen a los seres humano. Pero nadie tiene derecho a determinar que es lo que podría hacernos más felices; cada uno de nosotros tiene un concepto de felicidad que puede variar; pero aquello que denigra la dignidad humana, no puede ser la felicidad. No queramos revivir a Hitler y crear una raza suprema. Observemos las palabras de Ignacio Ramonet: "A partir de ahora, la genética permite que el hombre asegure, como nunca antes, su voluntad de domesticar a los reinos vegetal y animal, y de proceder a la 'salvaje apropiación del mundo', la versión moderna del esclavismo..."<sup>56</sup>

La ciencia y la tecnología han abierto puertas inimaginables, el mundo se acerca y se torna más pequeño; pero el comunicarse es más complicado, las familias se fracturan, el medio cultural es la televisión, el internet, es decir, los medios de comunicación. Pero la vida, en muchos aspectos, es mejor día con día; se busca que los hombres sean iguales y que todos tengamos el mismo trato, se lucha fervientemente por eliminar la discriminación. No podemos permitir actos que sean en contra de la dignidad humana, y que trunquen los logros ganados a costa de muchas muertes, ¡el Derecho tiene una importante misión!

---

<sup>56</sup> "LE MONDE DIPLOMATIQUE", Año 3. No. 36. Julio 20 – Agosto 20 de 2000. (Artículo "Pókemon". Pág. 1.

## CAPITULO CUARTO

### **LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO NATURAL Y SUS IMPLICACIONES LEGALES. PROPUESTAS DE LA SUSTENTANTE**

#### **I. LA REGULACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO NATURAL**

##### **1. ¿DEBE HACERSE LA REGULACIÓN DE LOS FENÓMENOS VINCULADOS CON LA REPRODUCCIÓN HUMANA NO NATURAL EN LOS CÓDIGOS CIVILES?**

Es inevitable el reconocer los avances tecnológicos y científicos que el tiempo deposita a los pies de la humanidad. La vida del ser humano resulta corta para poder observar los adelantos que el presente va mostrando. Decimos presente y no futuro, porque son tantos los descubrimientos y los inventos, que es difícil prever los avances que el tiempo nos dará más adelante. Sin embargo no debemos cerrar los ojos a lo ineludible; pues el futuro inmediato rápidamente se convierte en el hoy. Resulta impresionante ver que una máquina como la computadora pronto se desfasa; se necesitan meses para que lo novedoso se vuelva antiguo e incluso inútil. Pero no sólo la computadora avanza de tal forma; y los conocimientos mismos están en tal situación; lo que actualmente damos por hecho, el día de mañana resulta erróneo; ¿quién podría decirnos que la madre "no siempre sería cierta"?; ¿quién afirmararía que para engendrar un ser, ya no es necesario unir la célula germinal de un hombre y una mujer, o de una hembra y un macho?.

Ni el propio Aldous Huxley (en su obra futurista, escrita en el año de 1932<sup>1</sup>), pudo imaginar que el proceso para dar vida a un ser pudiera efectuarse sin las dos células que la naturaleza ha destinado para tal acto: "... siguió extendiéndose en consideraciones sobre el óptimo de vida en cuanto a temperatura, grado de salinidad y viscosidad del medio, y prosiguió aludiendo al licor en el que se conservan separados los óvulos maduros... se introduce

<sup>1</sup> HUXLEY, Aldous. "Un mundo feliz". Ed. Porrúa, S.A. "Sepan cuantos..". Núm. 587. México. 1999. Pág. XXXIII

éste en un caldo tibio, que contiene los espermatozoos libres a una concentración mínima de cien mil por centímetro cúbico, insistió -; y como, tras diez minutos, se saca el receptáculo del caldo y se examina su contenido nuevamente; como, si alguno de los óvulos queda sin fecundar, se le sumerge una segunda vez, y aún una tercera, si fuese necesario...".<sup>2</sup> Este autor no pudo prever que se prescindiera del macho y la hembra para que el hijo naciera; que no hubiera vientre de una mujer para albergar al hijo, pues esta es sustituida, en la obra de "un mundo feliz", por una incubadora; y que tampoco se requiriera de corto para fertilizar al óvulo, pero además no contempló la posibilidad de que con una célula germinal se procreara. En su excelsa obra Aldous Huxley muestra a las palabras de "padre y madre" como obscenidades, precisamente debido a que ya no existían como tales, es por esto que en su relato señala lo embarazoso que resultaba decir esas palabras:

"... cuando aún nuestro Ford estaba en este mundo había un muchachito llamado Reuben Rabinovitch. Sus padres hablaban polaco.- Se interrumpió: - sabéis lo que es polaco, ¿verdad?..."

- ¿Y "padre"? – preguntó el D.I.A.

Se hizo un embarazoso silencio. Varios muchachos enrojecieron. No sabían distinguir la línea de separación, importante pero a menudo muy tenue, que separa la obscenidad de la ciencia pura...

- En pocas palabras –resumió el Director, los padres eran el padre y la madre.- Tal obscenidad, que era realmente ciencia, cayó como una bomba en el embarazoso silencio de los muchachos, que no se atrevían a mirarse.- La madre en voz alta para que les entrase bien la ciencia... – son- dijo gravemente – hechos desagradables bien lo sé. Pero la mayor parte de los hechos históricos son desagradables...

(Pues no hay que olvidarse de que en aquellos tiempos de grosera reproducción vivípara los niños eran criados siempre por sus padres y no en los centros de Acondicionamiento del Estado).<sup>3</sup>

Es aquí donde notamos que el padre y la madre, en la obra de Aldous Huxley, son sustituidos; pero no así las células germinales, como les denomina la Ley General de Salud, al óvulo y los espermatozoides.

<sup>2</sup> HUXLEY, Aldous. "Un mundo feliz". Diana. 13A. Impresión México. 1981 Pág. 11 y 12.

<sup>3</sup> HUXLEY, Aldous. Op. Cit. Ed. Diana Pág. 28 y 29.

Sin embargo a pesar de que la ciencia camina a pasos agigantados, el legislador no puede ignorar su entorno, pues él tiene que cumplir con el deber que se le encomienda, que es el de legislar. De tal manera que si hoy se hacen dos o tres aportaciones científicas; sobre ellas se tiene que legislar. Nosotros no entendemos porque últimamente se tiene la costumbre de que al presentarse un problema o generarse una situación, no se legisla respecto a ella, sino hasta que hay un verdadero caos.

Comprendemos que muchas veces el tiempo para legislar es verdaderamente corto, debido a las circunstancias surgidas constantemente, a las situaciones urgentes; el problema es notorio al final, pues todas las situaciones del país resultan complicadas y con carácter de urgente. Sin embargo no debemos olvidar que el papel de los legisladores es dar respuesta a los asuntos surgidos, y sin excusa tienen que llevarlo a cabo.

El autor Ferdinand Lasalle, nos hace notar la tarea indispensable que tienen los legisladores para la vida de una nación; en su obra "¿Qué es una Constitución?", estima, que existen dos tipos de constituciones: una real y una formal o escrita.

La Constitución formal o escrita es "el papel escrito", aquello que nosotros vemos plasmado en un documento; es donde apreciamos el trabajo y la meditación del legislador, porque toda aquella discusión y la conclusión de los debates se ve reflejado en "el papel", en la Constitución formal.

Por otro lado está la Constitución real, que es todo lo ocurrido en las calles, los actos celebrados por los particulares, los cuales no están regulados. La Constitución real se refleja en las situaciones que se presentan día con día, las cosas que nos tocan vivir, las necesidades no satisfechas por la ley.

Habiendo estas dos constituciones, dice Ferdinand Lasalle que el papel del legislador es adecuar la constitución escrita a la constitución real (el acontecer cotidiano).<sup>4</sup>

Estamos conscientes de la dificultad que presenta tener al día la Constitución formal. Es obvio que nunca podrán estar en la misma condición la Constitución formal y la Constitución real. Hoy se modifica la Constitución formal y ya mañana es anacrónica, pues la Constitución real cambia en un

<sup>4</sup> Cfr. LASALLE, Ferdinand. "¿Qué es una constitución?". Ed. Colofón S.A. México. 1999. Pág. 24 y 25.

día no sólo una vez sino varias alejándose cada vez más de la Constitución formal. Además los períodos de reunión del Congreso son muy cortos (arts. 65 – 67 de la constitución). Y ahora con la nueva democracia que tenemos y la división tan marcada en el congreso requiere, afortunadamente, de negociaciones para lograr consensos. Todo en conjunto, provoca que la posibilidad de adecuar la Constitución formal a la real, sea más lenta. Pero aunque es lento este proceso, ello no implica que el legislador no deba hacerlo, ya que es su obligación principal y la razón por la cual es elegido por aquéllos quienes confían en él, para que los represente.

Así pues, aunque la tecnología y la ciencia avancen rápidamente, es obligación de los legisladores no ignorar este tipo de situaciones, ni olvidarlas como si no generaran problema alguno. Por desgracia la materia de la biotecnología aplicada a los seres humanos ha sido ignorada hasta el 25 de mayo del 2000, que es cuando se introduce una importante reforma al Código Civil para el Distrito Federal, donde por primera vez, se integró la posibilidad de generar parentesco entre el hijo procreado por medio de las técnicas de reproducción asistida, y aquéllos quienes consienten para que pueda llevarse a cabo esta forma de procrear.

Es mucho el tiempo que tardó el legislador mexicano para regular sobre esta materia, pues durante décadas se suscitaron problemas, donde el hijo producto de las técnicas de reproducción asistida fue el más afectado por esta situación, porque había casos en los cuales quedaba totalmente desprotegido, ante las reglas que expedían para determinar la paternidad y maternidad, ya que la voluntad no era una forma de generar parentesco.

El legislador ya no pudo mantener cerrados los ojos ante esta realidad. Es por ello benéfica la reforma del 25 de mayo del 2000. La pregunta que formulamos en este rubro fue, ¿qué tan necesario resulta efectuar la regulación de la reproducción asistida?. Resulta verdaderamente indispensable efectuar esta tarea. Aunque hemos visto que el 25 de mayo del 2000 se hicieron modificaciones al Código Civil vigente para el Distrito Federal, también pudimos percatarnos, que no se regularon de manera individual, los casos conocidos de las formas de reproducción asistida. Pero además de no hacer la individualización, se generó otro problema, pues se generalizó el principio de que "la madre no siempre es cierta", por lo que aún siendo concebido de la manera tradicional, ahora el hijo carece de una madre cierta. Antes el parentesco con la madre se generaba por el hecho de haberse desprendido de ella; hoy en día aún siendo la concepción de manera natural, es decir por coito y habiendo sido dado a luz el producto por la mujer, no se considera a ésta como la madre, porque la regla general de la maternidad es: "la madre nunca es cierta". Es aquí donde se afecta

gravemente al hijo que no es habido por medio de las técnicas de reproducción asistida. Esta es la razón de hacer la distinción entre los hijos que nacen gracias a la aplicación de las técnicas de reproducción no natural y quienes lo hacen de la manera tradicional.

Resulta acertada la propuesta del 25 de mayo del 2000, por lo que se refiere al reconocimiento de la voluntad por parte de la ley como medio para generar filiación. Lo verdaderamente triste está cuando observamos el manejo del consentimiento en cuanto a la filiación de los hijos nacidos de concubinarios, pues no se le da la misma importancia, ni el mismo trato que en el caso de los hijos de cónyuges; las reglas no son ni siquiera semejantes. La única regla general que hay es la del párrafo segundo del artículo 293, donde se apunta que el parentesco por consanguinidad, nace también entre los hijos producto de las técnicas de reproducción asistida y quienes consienten. Sin embargo, también aprendimos que no sólo consienten quienes se someten a la inseminación o fecundación, sino igualmente aquéllos quienes aportan las células germinales, es decir, el óvulo y los espermatozoides. Por esto entendemos que del mismo modo se genera parentesco entre el hijo y los que aportan el óvulo o los espermatozoides.

El legislador debe corregir las confusiones en las que incurrió y está obligado a legislar sobre las lagunas que dejó, pues aunque reviste al consentimiento (en la aplicación de las técnicas de reproducción no natural) de la importancia que tiene para establecer la paternidad y la maternidad, es necesario se haga la división de la filiación de los hijos de cónyuges y los extramatrimoniales; pero así mismo se requiere de la distinción de cada una de las formas de reproducción asistida, por lo menos de las estudiadas, pues son las más populares en México y las que ofrecen las clínicas de nuestro país.

## **2. CONCEPTOS BÁSICOS QUE A JUICIO DE LA SUSTENTANTE DEBERÁN TOMARSE EN CUENTA PARA REGULAR LA REPRODUCCIÓN HUMANA FUERA DEL PROCESO NATURAL.**

Primero tenemos que hacer referencia a las diferentes formas de reproducción asistida:

- Inseminación artificial homóloga.
- Inseminación artificial heteróloga.

- Fecundación artificial homóloga.
- Fecundación artificial heteróloga.
- Maternidad subrogada
- Maternidad asistida (comúnmente conocida como arrendamiento de vientre).
- Transferencia intratubárica de gametos (GIFT).
- Transferencia intratubárica de embriones (TET).
- Clonación.

Una vez hecho esto, debemos tomar en cuenta la definición de cada uno de ellos.

- *INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA. Es aquella en la que se emplea semen del marido o del concubinario, introduciéndolo por medios artificiales a la esposa o concubina, es decir, sin coito; todo ello para fertilizar el óvulo.*
- *INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. Es en la cual el semen empleado proviene de un varón distinto al esposo o al concubinario, y se introduce por medios artificiales a la mujer, es decir, sin coito. La finalidad es solucionar lo que el problema de esterilidad había impedido, engendrar; o bien para evitar heredar alguna enfermedad que ponga grave en peligro la subsistencia del hijo o hija. Entendiendo por grave peligro, aquella enfermedad que no le permita tener una vida normal como al común denominador de los niños y niñas sanos, haciéndolo(a) depender de por vida de medicamentos, y asistencia cotidiana a instituciones de salud, ya sea por enfermedad física o mental.*

*El individuo quien transmite los espermatozoides, se encuentra impedido legalmente para reclamar la paternidad del hijo(a) producto de las técnicas de reproducción asistida, pues el parentesco no se genera (en este caso) biológicamente sino por la voluntad.*

Es muy importante el concepto de inseminación artificial heteróloga, porque en ésta interviene una persona totalmente ajena a los miembros de la pareja. De aquí que debemos agregar otros dos conceptos, los cuales son esenciales para entender la intervención de terceros ajenos a la pareja.

- *EL DONADOR DE CÉLULAS GERMINALES. Es la persona que hace la transferencia de los espermatozoides o de uno o varios óvulos, éstos elementos siempre se darán a título gratuito.*

- *EL DONATARIO DE CÉLULAS GERMINALES* Es la persona que recibe el óvulo o espermatozoides gratuitamente y sufre de esterilidad, o de alguna enfermedad que sea transmisible y ponga en grave peligro a su descendencia.

En el concepto de inseminación heteróloga, incluimos que la finalidad es solucionar el problema de esterilidad; tuvimos que establecerlo así en atención a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (RLGSMIS):

“Art. 56. La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el del investigador.”

Otro de los agregados que tuvimos que hacer fue en los conceptos “donatario de células germinales” y “donador de células germinales”, donde señalamos que la transferencia del óvulo y los espermatozoides, debe ser gratuita. Hicimos esto porque la Ley General de Salud señala que la entrega que se haga debe efectuarse sin intermediación onerosa; es por esta razón que el legislador, denominó a estas transferencias como “donaciones”.

“Art. 314 . Para efectos de este título se entiende por:

...  
VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes ..”

“Art. 321.La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.”

“Art. 462. Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

- ...  
II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tenga por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y....”

- **TRANSFERENCIA DE LOS ESPERMATOZOIDES PARA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CÓNYUGES.** Es aquella en la cual una pareja unida por el lazo conyugal, quienes tienen un problema de esterilidad o una enfermedad hereditaria y que pone en grave peligro a su descendencia, denominados "donatarios de células germinales", reciben espermatozoides de un "donador de células germinales"; éste último se obliga a transferirlos gratuitamente. El "donador de células germinales" no requiere necesariamente ser el hombre que generó los espermatozoides. En esta técnica, el hombre que generó los espermatozoides otorga su consentimiento para que los usen y se obliga a no reclamar la paternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.

En este concepto establecemos en su parte final que la persona quien transfiera los espermatozoides no necesita ser el individuo que los eyacula, esto debido a que el "donador de células germinales" puede ser una persona física o moral, pues recordemos que hay muchas compañías que ofrecen este servicio y en éstas hay bancos de semen que a su vez pueden transferir a los "donatarios de células germinales". Tal es el caso de la compañía "Técnicas de Reproducción Asistida, S.C.", que ofrece este servicio:

"Banco de semen

Contamos con banco de semen para procedimientos de inseminación heteróloga con lo cual se permite el embarazo en parejas con varones azoospermáticos o con alteraciones graves en el número, movilidad o morfología espermática."<sup>5</sup>

- **TRANSFERENCIA DE ESPERMATOZOIDES PARA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CONCUBINARIOS.** Se da cuando un hombre y una mujer que viven en concubinato, es decir que cumplen con los requisitos del artículo 291 – Bis del Código Civil; y donde el hombre es estéril o sufre una enfermedad hereditaria y la cual implica grave peligro para su descendencia, son denominados "donatarios de células germinales"; efectúan un acto llamado transferencia, en el cual el "donador de células germinales" se obliga a transmitir los espermatozoides de manera gratuita a los "donatarios de células germinales". El "donador de células germinales", no requiere ser la persona quien generó los espermatozoides. En esta técnica, el hombre que generó los espermatozoides otorga su consentimiento para que los usen, y se obliga a no reclamar la paternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.

<sup>5</sup> <http://www.reproducción.com.mx/banco.html>

En este concepto lo único que cambia es que ya no se habla de cónyuges, sino de concubinos. Por lo tanto deben cubrir los requisitos establecidos en la ley para que pueda determinarse la existencia de la figura del concubinato, es decir, son personas que no tienen ningún impedimento legal para contraer matrimonio, han vivido juntos de forma constante y permanente, por lo menos dos años o bien se considera como tal a aquellos quienes no cumplan con el periodo de tiempo antes señalado, pero que tengan un hijo en común (art. 291 – Bis).

- **FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.** *Es aquella en la cual el encuentro del óvulo con el espermatozoide se lleva fuera del cuerpo de la esposa o concubina, y donde el óvulo pertenece a la esposa o concubina y el espermatozoide al marido o concubinario. Una vez fecundado el óvulo se implanta en la misma mujer quien aporta el óvulo, es decir, en la esposa o en la concubina para que lo gesté.*

La diferencia con la inseminación, como ya lo vimos en el segundo capítulo de nuestro presente trabajo, es que la inseminación artificial se lleva dentro de la mujer, y la fecundación artificial es fuera de ella, ambas se realizan con mecanismos artificiales.

- **FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.** *La hay cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide fuera del cuerpo de la esposa o concubina, quien no puede de otra manera ser fertilizada. La fecundación artificial heteróloga se caracterizará porque, por lo menos, una de las células germinales deberá ser de una persona distinta a la pareja, ya sea a la esposa o concubina, o al esposo o concubinario. Esta técnica de reproducción no natural, tendrá como finalidad solucionar problemas de esterilidad, o evitar la transmisión, hereditaria de una enfermedad que ponga en peligro grave a la descendencia. El hombre o mujer quien transmite las células germinales, se entiende consiente, sólo para que sean usadas sus células germinales, ya sea para fecundarlas o fecundar a otras personas, prohibiéndoseles reclamar la paternidad del hijo o hija producto de la aplicación de dicha técnica. En estos casos, siempre prevalecerá el parentesco consanguíneo que se genera por la voluntad, entre el donatario de células germinales y el hijo o hija producto de la técnica de reproducción no natural.*

En esta técnica de reproducción no natural, es bueno hacer la distinción sobre el hecho que tanto el espermatozoide como el óvulo pueden ser transmitidos, o al menos uno lo es.

Ahora se requiere hacer un breve apunte sobre la transmisión del óvulo o de los espermatozoides.

- **TRANSFERENCIA DEL ÓVULO O LOS ESPERMATOZOIDES PARA LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CÓNYUGES.** Esta se realiza cuando una persona llamada 'donador de células germinales', poseedora de un óvulo o espermatozoide, el cual fue extraído de manera previa al contrato de donación, transmite a título gratuito alguno o ambos gametos, a una pareja unida por el vínculo conyugal cuya denominación es 'donatario de células germinales'.  
*El destino del óvulo es para ser fecundado fuera del cuerpo de la esposa, para posteriormente implantarlo en ella, pues de otra manera no podría concebir y mucho menos engendrar. En este acto el 'donador de células germinales' se obliga a no reclamar la paternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.*
- **TRANSFERENCIA DEL ÓVULO O ESPERMATOZOIDES PARA LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CONCUBINARIOS.** Se efectúa cuando una pareja vive en concubinato, es decir, que cumple con los requisitos del artículo 291 – Bis, cuya denominación para la transferencia es de 'donatario de células germinales', éstas últimas, reciben un óvulo o espermatozoides extraídos antes de celebrar el contrato de donación, a título gratuito de una persona física o moral denominada donador de células germinales, quien se obliga a entregarlo y a no reclamar en un futuro la paternidad o maternidad del hijo o hija producto de la fecundación artificial heteróloga.

Dicha transferencia se llevará a cabo con la condición de que los concubinarios, es decir, "donatarios de células germinales", sean personas (ya sea una o ambas) con un problema de esterilidad y que de otra forma no podría solucionarse.

Nuevamente establecemos la imposibilidad de reclamar la paternidad biológica que tendría el individuo, cuando se emplea alguna de las técnicas de reproducción asistida, esto debido a que el propio legislador, en los artículos 293 párrafo segundo, 325 y 326, establece la intención de que una de las formas de parentesco excluya a la otra. En un acto en el que se empleen formas de reproducción no natural, el parentesco surgido deberá ser motivado por la voluntad, misma que se mostrará con el consentimiento expreso de los padres, el cual no podrá ser retirado; esto debido a que si la pareja cooperó (por lo menos para llegar a la etapa de lograr la inseminación y la fecundación), consintiendo en cuanto a la paternidad, no podrá

retractarse; por lo tanto debemos modificar lo que observamos en el RLGSMS donde se establece la posibilidad de retirar el consentimiento, Art. 21 fracción VII:

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

...  
VII La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento...”

Nos parece injusto aceptar que al principio se efectuó el procedimiento en el cual la persona estaba de acuerdo, pero a mitad o a final del procedimiento, dice que siempre no concuerda con el acto, posiblemente motivado por ira, por inmadurez, porque sintió la presión de la responsabilidad o por cualquier otra cosa, deja al hijo o hija producto de la técnica de reproducción asistida sin un padre o madre ciertos. Estaríamos a expensas de que la pareja tenga una buena relación. El problema sería que el perjudicado es el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, quien es el más inocente de las desavenencias de sus padres y quien puede resultar gravemente afectado.

- *CONSENTIMIENTO. Existen dos, el que se da para que se usen las células germinales y el empleado para generar vida.*
- *EL CONSENTIMIENTO DE LOS DONADORES DE CÉLULAS GERMINALES. Es la voluntad que se manifiesta expresamente para que haga uso de las células germinales, las cuales se transmiten para ser usadas por parejas quienes sufren de esterilidad, ya sea una o ambas personas. El consentimiento los ‘donadores de células germinales’ lo otorgan para no poder, posteriormente, reclamar la paternidad o maternidad del hijo producto de las técnicas de reproducción asistida.*
- *EL CONSENTIMIENTO DE LAS ASISTENTES. Es la expresión de la voluntad, cuya manifestación se hace de manera expresa para que los ‘asistentes’ gesten al niño o niña producto de la aplicación de las técnicas de reproducción no natural. El consentimiento, es otorgado por las ‘asistentes’ obligándose a no reclamar la maternidad del niño o niña que gestan, y además se obligan a entregarlo a los ‘asistidos’.*

- **EL CONSENTIMIENTO DE LOS DONATARIOS DE CÉLULAS GERMINALES O DE LAS ASISTENTES PARA INSEMINAR, FECUNDAR, PARA LA MATERNIDAD ASISTIDA O PARA LA MATERNIDAD SUBROGADA.** Es la expresión de la voluntad, cuya manifestación se hace de manera expresa para que se lleve a cabo la inseminación (homóloga o heteróloga), o la fecundación (homóloga o heteróloga), o la maternidad asistida, o para efectuar la maternidad subrogada; y en la cual, al otorgar ese consentimiento se crea un lazo de parentesco consanguíneo, entre los que consienten con la intención de ser padre y madre respectivamente, la familia de éstos y el hijo producto de las técnicas de reproducción no natural.

Son dos conceptos distintos, pero en el último se genera filiación, y en el anterior sólo se da para que disponga del óvulo o de los espermatozoides.

- **MATERNIDAD ASISTIDA O RECEPTORA.** Se caracteriza porque una persona pone a disposición de una pareja unida por el vínculo conyugal o el concubinato, su vientre a título gratuito, para que se le implante y geste al hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, debido a que la esposa o concubina no puede hacerlo, pues de intentarlo terminaría abortando o mal formando al ser concebido aún no nacido. La madre será la persona quien solicita a otra mujer sirva para gestar al hijo o hija.

Esto se torna parecido a un problema de esterilidad, por no poder generar vida; por ello se tiene que recurrir a otra mujer para que pueda fungir como incubadora del óvulo ya fertilizado y pueda gestar al hijo o hija.

Así pues, quien funge como asistente, es decir, la que pone a disposición de otra su vientre no será considerada madre del hijo producto de las técnicas de reproducción no natural, aunque se desprenda de ella.

- **LA ASISTENTE.** Es la mujer que se encargará de gestar el óvulo fertilizado, además se obliga a entregar al hijo o hija y no contrae parentesco con éste, aunque se desprenda de ella.

- **LOS ASISTIDOS.** Es el hombre y la mujer que solicitan a la asistente geste el óvulo fertilizado.

- **MATERNIDAD SUBROGADA.** Es aquélla en la que una pareja solicita se le transmita un óvulo gratuitamente, es decir es 'donataria de célula germinal', pero además busca a una mujer quien ponga a su disposición la

*posibilidad de gestar el óvulo fertilizado que se le ha transmitido, todo ello a título gratuito, debido a que los óvulos de la 'donataria de célula germinal' no son susceptibles de fertilizarse y su vientre tampoco puede albergar y gestar a un hijo o hija."*

De lo anteriormente expuesto se requiere establecer otros conceptos:

- *MATERNIDAD. Es el vínculo que se forma entre el hijo y la madre.*
- *PATERNIDAD. Es el vínculo que se forma entre el hijo y el padre*
- *MADRE: Es aquella mujer que sin hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, concibe un hijo o hija, y de la cual se desprende el producto de la concepción. Pero en caso de que se haga uso de las técnicas de reproducción asistida, la madre será aquella quien consiente expresamente para que se le insemine o fecunde; o aquella mujer quien solicite se le transfiera un óvulo para implantársele a otra persona distinta a ella o bien, aquella quien solicite se ponga a su disposición el vientre de otra mujer para que geste al hijo o hija de la primera.*

### **3. LA FILIACIÓN SÓLO PUEDE RESULTAR DE LO PREVISTO EN LA LEY. LA VOLUNTAD COMO FUENTE DE LA FILIACIÓN.**

El legislador, acertadamente, el 25 de mayo del 2000, modificó la ley y aceptó como fuente de la filiación a la voluntad (art. 293, párrafo segundo del Código Civil). Las reglas de la filiación han aparecido en nuestros Códigos Civiles, desde el Código de 1870, donde ya se previó la forma de regular el vínculo que surgía entre los padres y los hijos. Estudiamos las injusticias que se han presentado a lo largo de nuestras legislaciones para el Distrito Federal, en materia de filiación; notamos diferentes formas de regularla; observamos su evolución y cómo el legislador se esmeró por ir superando los errores o injusticias que se habían generado en el pasado, así como tratar de ajustar la legislación formal a la realidad.

De la reforma del 25 de mayo del 2000 resulta un Código Civil de aplicación exclusivamente Federal y otro de carácter local para el Distrito Federal; trató de adecuarse la legislación a la realidad surgida, a la sociedad que se iba formando, con sus características, sus defectos y virtudes, tratándose de entender la nueva idiosincrasia. De igual forma se buscó dar cobijo a los

adelantos que se lograron en la ciencia, los cuales se ponen a disposición de la humanidad y ayudan, hoy en día, a determinar la filiación generada entre los hijos y los padres.

Hasta hace unos años la maternidad se determinaba por un hecho biológico, el desprendimiento del seno materno. El parto era el punto inicial, para saber si esa mujer era la madre o no. No había motivo para suponer otra forma de establecer la maternidad.

La historia nos muestra que la inseminación y la fecundación artificiales no son nuevas. Sin embargo, estas dos formas de reproducción asistida no rompián con el hecho biológico del desprendimiento del seno materno del hijo, por lo que podía afirmarse que la “madre siempre era cierta”. Siendo la fecundación in vitro un acto muy especial, pues la fertilización se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer, generaba expectativa, hasta que se ideó el poder utilizar todo esto no sólo para parejas que tuvieran problemas con sus células germinales, es decir, aquéllas que fueran infértiles, sino también para quienes aún funcionando sus óvulos y espermatozoides, estuvieran en el caso de que el vientre de la mujer no fuera adecuado para poder gestar al hijo o hija, por lo que se debería, buscar un vientre que funcionara, es decir, localizar una mujer, que tuviera la capacidad para gestar un hijo o hija. En vista de la poca importancia que significó esta forma de reproducción asistida, las personas dieron respuesta a su necesidad, basados en las herramientas jurídicas puestas a su disposición por el legislador; por ello la encuadraron en un “contrato de arrendamiento”, ya que el vientre se usa para un cometido, es decir, el de gestar (sólo un tiempo y se paga por el mismo). Pero como ya estudiamos en el capítulo tercero, a este acto no podemos denominarlo “arrendamiento de vientre”, toda vez que no se permite efectuar tal contrato para semejante cometido.

Es así como se ve una necesidad de crear nuevas instituciones jurídicas; además, con esta modalidad de la reproducción asistida, se generaba otra carencia, la cual no se veía solucionada con la legislación que manteníamos, pues se quebrantaba una estructura, un pilar tradicional en materia de filiación, la madre. A partir de este nuevo descubrimiento en las formas de reproducción no natural, se pone de manifiesto que la madre (para todos los casos y situaciones), ha dejado de ser “siempre cierta”. Por lo tanto, tal axioma dejaba de serlo. El legislador comprende esta perspectiva y hace modificaciones al Código Civil vigente para el Distrito Federal, el 25 de mayo del 2000 y cambia muchas ideas tradicionales. Por desgracia, entiende el cambio pero aplica una solución no muy acertada, pues lo que es una excepción, es decir, tener hijos haciendo uso de las técnicas de reproducción no natural, se toma la base; como si el tener hijos por medio de las técnicas

de reproducción no natural fuese la regla general y sobre esta se cimienta la filiación. Entonces la reforma elimina el considerar como madre a la mujer de la cual se desprende el producto de la concepción, para todos los casos, en lugar de crear las reglas particulares para cada forma de reproducción asistida, como lo hacen la Ley sobre las Técnicas de Reproducción Asistida española de 1988 y el proyecto para el Código de Nuevo León del maestro Gutiérrez y González. Precisamente las propuestas se hicieron de esta forma, porque se comprendió que la regla general para engendrar y gestar hijos no es usando las técnicas de reproducción no natural.

Dentro de los aciertos que tiene el legislador al modificar el Código Civil el 25 de mayo del 2000, apreciamos el aceptar al "consentimiento", es decir la expresión de la voluntad, como un medio para generar la filiación (Art. 293, segundo párrafo del Código Civil Vigente para el Distrito Federal).

## **A. INCIDENCIA DE LA PROCREACIÓN NO NATURAL EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.**

Antes de la reforma del 25 de mayo del 2000, la filiación sólo se generaba por los lazos biológico y adoptivo.

Con la reforma se prevé una manera distinta para generar parentesco y ésta es la voluntad expresada en el consentimiento.

Analizamos en el apartado de inseminación y fecundación artificiales, los sentidos que presenta el consentimiento, y se hablaba de cuatro:

- "a) Para la disposición y utilización de gametos.
- b) Para la utilización, destino y manipulación de embriones.
- c) Para la realización de las técnicas de fecundación asistida.
- d) Para la constitución de determinadas relaciones entre los sujetos que intervienen".<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> II CONGRESO MUNDIAL VASCO. CONGRESO DE FILIACIÓN LA FILIACIÓN A FINALES DEL SIGLO XX. PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LOS AVANCES CIENTÍFICOS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA. MONTES PENADES, V.L. "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana". Edita Servicio Central de publicaciones del gobierno Vasco. Vitoria Gasteiz. 1988. Pág. 194

En nuestro Código Civil no aparecía el reconocimiento del consentimiento como medio para generar el lazo de filiación; el 25 de mayo del 2000 se establece como tal. Antes de la fecha citada, se observaba el consentimiento para poder efectuar algunas de las técnicas de reproducción asistida, esto lo encontrábamos en el RLGSMIS, donde el artículo 43 lo establece como condicionante para efectuar técnicas artificiales de fertilización, se requiere tanto para la mujer como para su cónyuge o concubinario. Pero también vimos que se puede dispensar el consentimiento para el cónyuge o concubinario.

Para poder efectuar alguna técnica de reproducción asistida, dice la Ley, se requiere del consentimiento informado, mismo que deberá ser por escrito (Art. 20 del RLGSMIS)

El consentimiento debe cumplir con una serie de reglas, y están establecidas en los artículos 21 y 22 del RLGSMIS:

“Art. 21. Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá 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 la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a

la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y

- XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.”

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

- I. Será 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. Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;
- III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;
- IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y
- V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o su representante legal.”

Observamos la importancia del consentimiento, sin embargo, en ninguno de los artículos señalados se nota que se genera filiación entre la persona quien otorga su consentimiento y el hijo producto de las técnicas de reproducción asistida.

Es por esta razón que el legislador creyó necesario establecer el consentimiento en el Código Civil, para no dejar desprotegidos a los hijos habidos por medio de las técnicas de reproducción no natural:

“Art. 293 párrafo segundo:

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.”

Al respecto hemos hecho hincapié sobre la redacción del segundo párrafo, pues quienes consienten en la reproducción asistida no solamente son la mujer y su cónyuge o concubinario, sino también los “donadores de células germinales”. Sabemos que son consentimientos distintos, pero “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”, y al no omitir, la ley cobija en ese consentimiento tanto al marido o concubinario, como a la mujer, y a los “donadores de células germinales”. Es aquí donde encontramos la gravedad

de la omisión y entendemos la importancia de la individualización de los casos.

En la inseminación y fecundación homóloga no encontramos problemas graves con el consentimiento de los "donadores de células germinales", pues resultan ser los mismos quienes quieren tener un hijo; no hay problema de identidad, ni da lugar a una discusión posterior sobre la paternidad y maternidad del hijo.

El problema se presenta con la inseminación y fecundación heterólogas, con la maternidad asistida, la subrogada, y la transferencia intratubárica de embriones, porque los "donadores de células germinales" son sujetos totalmente ajenos a aquéllos que quieren figurar como los padres del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción no natural.

Por lo tanto, resulta indispensable hacer la distinción entre el consentimiento del hombre y la mujer (quienes pretenden tener un descendiente en primer grado) y el consentimiento de los "donadores de células germinales" y los "asistentes". Es necesario esto porque el consentimiento de los "donadores de células germinales" y de los "asistentes" conllevará una serie de obligaciones, las cuales deberán respetar y éstas ayudarán a solucionar conflictos que pudieran presentarse.

Es así como encontramos el consentimiento otorgado por una pareja vinculada por el matrimonio. Tratándose de la inseminación y fecundación artificiales, la mujer deberá otorgar el consentimiento informado al que se refiere el RLGSMSI en sus artículos 43, 21 y 22. Con los requisitos señalados en los mismos, el consentimiento surtirá dos efectos:

- Se otorga para que se lleve a cabo la inseminación o la fecundación artificiales; y
- Acepta al hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida como si hubiese sido consanguíneo (tal como lo dispone al artículo 293, párrafo segundo del Código Civil). Por lo tanto, llegamos a los efectos de la Ley vigente en España, la cual indica: "Ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación."<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio. "La filiación en España (Jurisprudencia y doctrina)". Granada, España. Editorial COMARES. 1993. Pág. 395 y 396.

Tomamos la misma base en cuanto a que sea imposible impugnar la paternidad y maternidad, una vez que haya consentimiento expreso para que se efectúe la fecundación o inseminación artificiales. Y como lo manifiesta el borrador de dictamen analizado por las Comisiones de Legislación General, Legislación Penal y Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados Argentina, sobre la "Regulación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida Regimen de Protección de Embriones":

"Art. 4º: El consentimiento deberá surgir de la información, comprensión y aceptación, por parte de los cónyuges en los siguientes puntos:

- a) ..
- b) ...
- c) Irrevocabilidad del consentimiento otorgado una vez concebido el embrión;..."<sup>8</sup>

Una vez que se haya dado el consentimiento, para la inseminación y fecundación artificiales homólogas y ya iniciada la extracción de los espermatozoides al varón, no podrá revocar su consentimiento. En la inseminación y fecundación artificiales heterólogas el consentimiento es irrevocable cuando se haya inseminado o fecundado el óvulo; una vez hecho esto no debe haber posibilidad (para efectos de paternidad y maternidad), de revocar el consentimiento. La pregunta inmediata es: ¿por qué hacer esta distinción? Tratándose de la inseminación y fecundación artificiales homólogas, creemos que no se debe permitir que se retracte y revoque el consentimiento una vez que se haya otorgado y se haya extraído el semen, porque al hijo producto de la aplicación de la técnica de reproducción no natural no se le permite efectuar la investigación de la paternidad; aún cuando el esposo de la madre sea su padre, desde el punto de vista biológico; pero como sabemos una forma de parentesco excluye a la otra. Además, como ya estudiamos (de acuerdo al RLGSMIS) se permite se retracte la persona del consentimiento otorgado en cualquier momento; ya mencionamos que esto puede resultar un arma de dos filos, con la cual la persona más afectada sería el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, porque se estaría al capricho de una persona. Pero también lo determinamos así, apelando a que con el paso del embarazo y con el nacimiento del hijo o hija, el marido de la mujer se conmueva y el instinto paternal salga a brote, observando aquella criaturita indefensa, débil y con una necesidad de amar y ser amada. Por estas razones manifestamos que una vez otorgando el consentimiento, tanto para la de inseminación y fecundación artificiales homólogas, el consentimiento no pueda ser revocado.

<sup>8</sup> KIPER, Jorge. "La justicia en la sociedad que se avecina". Tomo I La fecundación asistida. Ed. Lasada S.A. Primera edición. Argentina. 1996. Pág. 152.

La situación de la inseminación y fecundación heterólogas no tienen la misma determinación, por los factores que influyen en ellas. Estamos ante la transferencia de óvulos o espermatozoides, el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción no natural va a ser el reflejo de esterilidad que sufre el padre o la madre. El hecho de establecer la posibilidad de revocar el asentimiento cuando ya se fecundó o inseminó el óvulo, es para que la persona tenga un tiempo para pensarlo correctamente, pero esta decisión no depende sólo de quien decide, pues de por medio está el ser inocente, indefenso, quien sufriría más adelante por una inadecuada decisión, por todo esto resulta sumamente importante el cumplimiento de los artículos 21 y 22 del RLGSMS.

Ahora tratándose de maternidad asistida (o de recepción) y la maternidad subrogada; tanto el varón y la mujer quienes la consientan con la finalidad de ser ellos, padre y madre, deben hacerlo en los siguientes sentidos:

- Para que se lleve a cabo la fertilización asistida; y
- Para que el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción no natural sea considerado hijo o hija consanguíneo de ellos.

Nuevamente estamos ante la situación que comentábamos; se considerará su hijo o hija y no podrá impugnarse la paternidad o maternidad.

En el arrendamiento de vientre y maternidad subrogada, por lo complicado del procedimiento, una vez que se otorgue el consentimiento no se podrá revocar, para efectos jurídicos de la paternidad y la maternidad.

En atención a lo establecido en el RLGSMS, debemos agregar un punto disidente con el parentesco de la manera tradicional. Haciéndose uso de las técnicas de reproducción asistida se rompe con la regla establecida en el artículo 324 del C.C.; por lo tanto se requiere que para considerarse como hijo o hija de los cónyuges deberá mediar consentimiento expreso de la esposa y del esposo. Si lo hay, surte efectos igual que lo establecido en el artículo 324 del C.C.; entonces podrá ocurrir lo mismo con los hijos o hijas nacidas de cónyuges concebidos de la manera tradicional, es decir, puede presentarse sólo la esposa o el esposo y registrar al hijo o hija, con los apellidos paternos de ambos padres, sin que sea obligatorio que asistan los dos. Para ello se requerirá que la mujer o el hombre presente:

Si el hijo o hija tiene de 1 a 6 meses de edad:

- *Constancia de alumbramiento o la constancia del uso de alguna técnica de reproducción asistida, especificarla* (esto para tener un registro

adecuado del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pues nunca aparecerá en el acta de nacimiento; sin embargo, resulta necesario solicitarlo para evitar el tráfico de menores. Todo esto nos conduce a que se les exija a las instituciones quienes ofrezcan estos servicios, a expedir constancias de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, señalando cuál es la técnica que se empleó para que naciera el hijo).

- *Acta de matrimonio de los padres*
- *En caso de haber hecho uso de las técnicas de reproducción asistida, presentar el consentimiento expreso dado por el hombre y la mujer, quienes se presentan como padres. Si solamente hubo consentimiento por parte de uno de ellos y si quieren que el hijo o hija se considere de los cónyuges, deberán presentarse ambos y reconocer al hijo o hija como suyo; si no sólo se le atribuirá a la persona que otorgó su consentimiento (es notoriamente importante esta indicación, pues para que el hijo o hija se le atribuya a los cónyuges se debe presentar la prueba del consentimiento, la cual es la nueva forma de generar parentesco. La modalidad que anexamos es la posibilidad de reconocer al hijo o hija, posteriormente, como suyo. Más adelante comentaremos esto).*
- *Identificación de los padres.*
- *Comprobante de domicilio.*
- *Dos testigos mayores de edad, con identificación oficial.*

De 6 meses a 17 años de edad:

- *Constancia de alumbramiento o la constancia del uso de alguna técnica de reproducción asistida, especificarla (esto para, nunca aparecerá en el acta de nacimiento; sin embargo, resulta necesario solicitarlo por lo expuesto en los requisitos de los hijos de 1 a 6 meses de edad).*
- *Fe de bautizo o similar (si la hubiere).*
- *Constancia de inexistencia de registro de nacimiento de la oficina central y del lugar de origen.*
- *Identificaciones oficiales (escolares o médicas).*
- *Acta de matrimonio de los padres (en caso de no ser casados, comparecer ambos padres con su respectiva acta de nacimiento).*
- *En caso de haber hecho uso de las técnicas de reproducción asistida, presentar el consentimiento expreso dado por el hombre y la mujer, quienes se presentan como padres. Si solamente hubo consentimiento por parte de uno de ellos y si quieren que el hijo o hija se considere de los cónyuges, deberán presentarse ambos y reconocer al hijo o hija como suyo; si no, sólo se le atribuirá a la persona que otorgó su consentimiento (es notoriamente importante esta indicación, pues para que el hijo o hija se le atribuya a los cónyuges se debe presentar la prueba del consentimiento,*

la cual es la nueva forma de generar parentesco. La modalidad que anexamos es la posibilidad de reconocer al hijo o hija, posteriormente, como propio. Más adelante comentaremos esto).

- *Identificación de los padres.*
- *Comprobante de domicilio.*
- *Dos testigos mayores de edad, con identificación oficial.*

Argumentamos tanto en la inseminación como en la fecundación artificiales que el legislador, el 25 de mayo del 2000, al establecer en el párrafo segundo del artículo 293 del Código Civil, al consentimiento como medio para generar parentesco consanguíneo, pretendió por este medio excluir a la filiación biológica. Por ello señalamos que no podría impulsarse la investigación de la paternidad, porque una excluye a la otra. Con esta postura, quien resulta sumamente perjudicado es el producto de las técnicas de reproducción no natural, precisamente porque en el afán de alguna persona de tener un hijo o hija ignorando la voluntad del marido hace uso de las técnicas de reproducción asistida y logra que nazca un nuevo ser, quien no tendrá por parte del padre, los derechos establecidos en el artículo 389 del C.C.V.D.F.:

“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 (y los familiares de éste, en aplicación del Código Civil que se refiere a los alimentos);
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.
- IV. Los demás que se deriven de la filiación.”

Por todo lo anterior, creemos necesario establecer la oportunidad del reconocimiento voluntario sobre aquella inocente criatura.

Ahora analicemos el consentimiento de los “donadores de células germinales”. Por un lado, sabemos bien que el **consentimiento** del hombre y mujer, quienes pretenden ser padre y madre, tiene dos sentidos, esto es: para que se lleve a cabo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y para generar consecuencias jurídicas; en cambio, de acuerdo con el autor Montes Penades, el consentimiento del “donador de células germinales” ocupa más planos; esto debido al papel que le toca jugar en la realización de las técnicas de reproducción no natural.

El “donador de células germinales” otorga su consentimiento:

- Para que se pueda disponer y usar los gametos germinales (óvulo o espermatozoides).
- Para transmitir a título gratuito los gametos germinales.
- Para que con sus gametos se pueda efectuar alguna técnica de reproducción asistida, y
- Para que se le obligue a no contraer, jurídicamente, relaciones de parentesco con el hijo producto de la reproducción asistida.

Así mismo, tratándose de maternidad asistida o maternidad subrogada, su consentimiento sirve para que se obligue a entregar al hijo producto de las técnicas de reproducción asistida y a no reclamar la maternidad del mismo.

Entonces en el caso de los “donadores de células germinales”, en la inseminación y la fecundación artificiales heterólogas, las personas que se comprometen a transmitir las células germinales deben hacerlo a título gratuito, debe establecerse el pago de daños y perjuicios; salvo que se hubiese convertido en estéril por causas naturales.

Tratándose de la maternidad asistida y la maternidad subrogada, las “asistentes” consienten para permitir gestar al hijo o hija producto de la aplicación de las técnicas de reproducción no natural; pero además, en el consentimiento va implícito crear obligaciones jurídicas de no hacer y de hacer. Por un lado, la “asistente” tiene la obligación de no reclamar la maternidad que le pudiera resultar, por gestar al hijo. En la maternidad subrogada ocurre igual, tiene la obligación de no reclamar la maternidad sobre el hijo o hija, sin importar que lo geste y aunque biológicamente lo sea. Así mismo, la “asistente” que gesta tiene la obligación de entregar al hijo o hija producto de las técnicas de reproducción no natural, no podrá negarse a hacerlo y no se permitirá ningún pacto diferente al respecto. Esta obligación es ineludible; la maternidad se configura por el consentimiento dado por la mujer que pretende ser madre, desde el principio del empleo de las técnicas de reproducción asistida.

En la Ley de Reproducción Asistida española, el “donador” efectúa “un contrato” con un Centro Autorizado y el contrato tiene determinadas características, tal como lo manifiesta el autor Ocaña Rodríguez:

“1) Según la ley (resumimos el artículo 5º), la donación de gametos y preembriones al Centro para los fines autorizados por la ley es un contrato (aunque sui genesis por lo dicho):

- **Irrevocable** (salvo infertilidad sobrevenida y disponibilidad de los gametos, con devolución al Centro de los gastos ocasionados). Por su

puesto la donación es irrevocable una vez puesta en marcha la técnica (art 5,2)

- **Gratuito**, excluido todo carácter comercial (sin perjuicio de que el Centro pueda reembolsar los gastos producidos por el donante) – art. 5,3 -.

Ya el Consejo de Europa a través del Proyecto de Recomendación no. 87 del Comité de Ministros a los Estados Miembros (CAHBI, Estrasburgo, 3-10-98) en su principio 9-1, señala que la donación de gametos embriones y cualquier elemento obtenido de éstos no puede dar lugar a ningún beneficio. Tan sólo deben ser reembolsados los gastos directos. En el 9-2 señala que la persona u organismo autorizado para ceder los gametos con fines de procreación artificial o de investigación no debe hacerlo con un objetivo de lucro.

- **Formalmente celebrado por escrito**, previa información de los fines y efectos del acto (art. 5,4).
- **Y secreto**. La donación es anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en clave dentro del Banco de Datos y en el Registro Nacional de Donantes. Sólo el centro conoce pues la identidad del donante.<sup>9</sup>

En el caso del Derecho Mexicano, para que se efectúe la transferencia de los gametos recurrimos al consentimiento, el cual debe darse y tratándose de éste coincidimos en las características que le atribuye la Ley de Reproducción Asistida española.

El consentimiento dado por el "donador de gametos germinales", debe ser irrevocable, ya entregados los gametos no podrá retractarse; sin embargo, creemos adecuada la posibilidad de revocar el consentimiento tal como lo señala el artículo 5º de la Ley de Reproducción Asistida Española, como única excepción a la irrevocabilidad del consentimiento y que lo constituye el hecho de que el "donador de células germinales" se vuelva estéril y por lo tanto no pueda generar una vida, en cuyo caso resulta adecuado que se proceda a la devolución de sus gametos, que en principio entregó de manera gratuita, siempre que queden, pues si los ya fueron transmitidos a otra persona para que se lleve a cabo la aplicación de una técnica de reproducción no natural, no se le podrán devolver y no podrá revocarse el consentimiento del "donador de células germinales".

El consentimiento debe ser otorgado por escrito (tal como lo manda el artículo 20 del RLGSMIS).

**Gratuito**. Por mandato de la Ley General de Salud (como ya estudiamos en el capítulo tercero), la transferencia de las células germinales debe ser

---

<sup>9</sup> OCAÑA RODRIGUEZ, Antonio. Op. Cit. Pág. 381.

gratuita; de lo contrario se incurre en un delito. Lo que se pretende es que esto no se vuelva un negocio. Por esto sabemos que en la legislación mexicana, el consentimiento del “donador de células germinales”, para la transmisión del óvulo o los espermatozoides, es a título gratuito.

**Secreto.** Este resulta muy importante y complicado a la vez; así que ahora lo analizaremos detenidamente.

El artículo 16 del RLGSMIS apunta:

“En las investigaciones en seres humanos se protegerá la privacidad del individuo sujeto de investigación, identificándolo sólo cuando los resultados lo requieran y éste lo autorice.”

Creemos que las mismas reglas se deben aplicar a la maternidad asistida y a la maternidad subrogada, excepto lo de gratuito, pues no se puede ignorar que se trata de un servicio que se dará a una pareja y por el cuidado que requiere se debe cuidar a la persona.

La Ley General de Salud establece un problema al respecto, pues la razón de guardar en secreto la identidad del “donador de células germinales”, es para que posteriormente no pueda reclamar algún vínculo de paternidad o maternidad con el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida. Resulta peligroso que el “donador de células germinales” sepa quién es su hijo o hija biológicamente, pues la pareja que acepta la transferencia de la célula germinal, tendría la amenaza latente de que en cualquier momento el “donador de células germinales” quisiera hacer valer su paternidad o maternidad, no jurídicamente, pues si establecemos en las reglas del Código Civil esta imposibilidad, no podrá hacerlo; pero el problema real radica en que pueda acercarse al hijo o hija e informarle sobre lazos biológicos con ella. Esto es como lo que ocurre con la adopción, en la cual el hijo o hija adoptada queda con una familia que los padres biológicos ignoran totalmente, precisamente, para evitar que en un futuro, por remordimiento o porque la hija o hijo se vuelva triunfador, no puedan reclamar de él algún beneficio, o darse a conocer y desintegrar la familia de parentesco civil que se ha formado.

La adolescencia resultaría una etapa realmente peligrosa, pues en dado caso en el cual los padres biológicos se acercaran al hijo o hija y le informaran de su origen, posiblemente se desintegraría todo aquello que se ha formado; esto debido a que la adolescencia es una etapa donde los seres humanos tenemos un período de transición muy difícil a la edad adulta. La autora Françoise Dolto explica el período de transición que se da con el

adolescente, hace importantes apuntes sobre lo complicado de esta etapa, y señala:

"En el curso de esta mutación, reproduce la fragilidad del bebé que nace, sumamente sensible a lo que recibe como mirada y oye como palabras que le conciernen. Un bebé cuya familia lamenta que sea como es, que se parezca a aquel otro, que tenga una nariz así o asá, y llega hasta a lamentar el sexo que tiene o el color de su cabello, corre el riesgo de quedar marcado para toda la vida, mientras la gente piensa que no comprende nada. Ha captado este handicap social con el que ha nacido. A esa edad, todos los juicios surten efecto, incluyendo aquellos que expresan gentes de poco fiar, por ejemplo, personas celosas o resentidas con los padres. El niño no tiene cuenta las cosas, no hace más que oír que hablan mal de él y se lo toma al pie de la letra. Y se trata de algo que puede comprometer, de por vida, sus relaciones con la sociedad. El papel de las personas ajenas a la familia y que no conocen a un adolescente, que tiene relación con él por causa de la escuela, o por causa de la vida social, es muy importante durante algunos meses. Pero desgraciadamente, la gente no sabe cuál es el período sensible para dicho joven."<sup>10</sup>

Las palabras de Françoise Dolto son contundentes, pues en esta etapa el adolescente se deja influenciar por las palabras de terceras personas, sin importar que no valga la pena escucharlas. Los comentarios hechos a los adolescentes pueden dañarlos, aún las pequeñas críticas se ven como las mayores y cada una de ellas los van marcando:

"Las personas secundarias juegan un papel muy importante en la educación de los jóvenes durante este importante período. Aunque no estén encargadas de dar dicha educación, todo lo que hacen puede favorecer la expansión y la confianza en sí, al igual que el valor para superar sus impotencias, o al contrario, pueden estimular el desaliento y la depresión. Hoy, muchos jóvenes a partir de los once años conocen estados depresivos y estados paranoicos. Y ejecutan actos de agresión gratuitos. En estas <<crisis>>, el joven se opone a todas las leyes, porque le ha parecido que alguien que representa la ley no le permitiría ser ni vivir."<sup>11</sup>

Nuevamente, la autora Dolto pone de manifiesto la importancia de la influencia de personas distintas al padre y madre; pero de quienes un comentario puede resultar relevante para el adolescente, donde se crean dos

---

<sup>10</sup> DOLTO, Françoise. "La causa de los adolescentes". Ed. Seix Barral. Primera edición. España 1990. Pág. 12 y 13.

<sup>11</sup> Ibid. Pág. 13.

vertientes; esas palabras pueden hacer del adolescente un ser humano con una maravillosa confianza en sí mismo, que le permitirá derribar los muros que obstaculicen su camino para poder avanzar, o bien, esas críticas pueden derrumbarlo y hacer del adolescente un ser gris, sin ganas de superación, sumido en un mundo donde no vale la pena luchar, ni esmerarse por nada. También resalta la autora Fracoise Dolto el carácter del adolescente, mismo que puede caracterizarse por su agresión, por su rebeldía enfocada a aquellas personas quienes representan la ley, pues posiblemente no le permitan desarrollarse o desenvolverse como lo creen adecuado. Generalmente la ley la representa la autoridad de los padres; quienes en un principio eran amigos del niño y que ahora son enemigos del adolescente. Esto se debe a que los niños, hacían lo que el adulto quería, carecían de voluntad, de carácter para expresar su verdadero sentir; cuando el niño se decidía a hacerlo, los padres lo reprimían con aquello que llaman autoridad. El adolescente se siente con la posibilidad de protestar y manifestarse en contra de aquello que considera injusticia, sin que pueda ser acallado pues ya no es el niño que "fácilmente" podría ser reprimido; ahora es adolescente y próximamente adulto, a quien un regaño pareciera que no le importa; una represión física ya no le asusta porque puede hasta defenderse.

Esta es una de las razones por las que es difícil dialogar con el adolescente, pues no sabemos en que momento se siente agredido.

Entonces, ¿qué ocurriría si a ese adolescente, una persona le dijera que no es hijo o hija de las personas quienes lo criaron?, pues él o ella es producto de las técnicas de reproducción no natural y que para ello, la persona quien le informa transfirió un óvulo o los espermatozoides. Aparte del conflicto que creará en el adolescente y que lo marcará por sentirse víctima de un acto, donde pareciera una mercancía, pensará que no le debe respeto a quienes hoy llama padres; posiblemente, piense que cuando se le llamó la atención o se le corrigió era porque no lo querían, pues "no era su sangre". No sabemos que puede ocurrir; habrá quien piense que padre no es el que engendra, sino quien cría y los ve crecer; aquél quien se preocupó por educarlo, quien en las noches de enfermedad estuvo a su lado y habrá quienes no lo consideren así. Lo que es un hecho, es el miedo que podrán tener los que hoy son padres del hijo o hija producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y quienes corren el riesgo de un futuro chantaje donde los "donadores de células germinales" pidan dinero para no decir de donde proviene el hijo o hija. Es por esto, que para nosotros el artículo 333 fracción VI de la Ley General de Salud es como una bomba de tiempo, que en cualquier momento puede explotar.

"Art. 333. Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

- VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito."

En esta fracción, el legislador establece una condición para efectuar el trasplante entre vivos y ese es guardar parentesco con el "donatario de células germinales", excepto cuando lo que se transmita sea la médula ósea. Esto implica que tratándose de las células germinales, tiene que ser un familiar, una persona quien tenga parentesco consanguíneo, por afinidad o civil para efectuar la transmisión y el trasplante, lo cual nos lleva a que será conocida la identidad del "donador de células germinales". Por lo estudiado, creemos que se debería modificar esta fracción; si el legislador lo determinó así, es probablemente porque con esta medida pretendía evitar el tráfico y venta de órganos, tejidos y células. Sin embargo ya estudiamos las consecuencias y las legislaciones, en general consideran más adecuado que sea anónimo, pues los efectos nocivos son mayores a los buenos, por eso, al menos debería establecerse como excepción (al igual que la médula ósea), las células germinales.

El autor Jorge Kiper considera que: "El anonimato de los donantes evitaría acciones de estado de familia, de filiación, de revocación de la donación y problemas sucesorios."<sup>12</sup>

Las reglas que hemos tomado como punto de partida para reglamentar las técnicas de reproducción asistida, no generan los derechos marcados por el autor Kiper; pero las razones de buscar el origen de su filiación, causará un daño terrible para el hijo o hija producto de las técnicas reproducción asistida. Por eso firmemente sostenemos que la identidad de la o el "donador de células germinales", debe mantenerse en anonimato. El nuevo conflicto que puede surgir con el anonimato, del cual estamos consientes, es que con la transferencia del "donador de células germinales" no sólo se fecunda o insemina un óvulo o no sólo se transmite un óvulo por la "donadora de células germinales", pueden ser varios los óvulos transmitidos. Esto lleva a que sean varios los individuos quienes tengan parentesco biológico, por su vínculo genético, por provenir de un mismo ascendente, lo cual genera que muchos de ellos sean una especie de medios hermanos, y por razones éticas y genéticas no convendría que se casaran. El problema es que el anonimato

---

<sup>12</sup> KIPER, Jorge. Op. Cit. Pág. 81.

no permitiría saber si son o no hermanos o medios hermanos lo cual causaría un problema terrible, pues se correría el riesgo de que contrajeran matrimonio un joven y una señorita quienes proceden del mismo progenitor. Por ello hemos ideado un mecanismo que podría prevenir este problema.

Nosotros mantenemos la conveniencia del anonimato del o la "donadora de células germinales", pues en caso de no guardarlo como tal, imaginamos los problemas que se crearían. Es por esto que la solución, la encontramos en los centros autorizados por la ley, quienes efectúan la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Necesitamos crear un Sistema de Registro Nacional, éste deberá encargarse, entre otras cosas, de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Creemos que se cuenta con la infraestructura para hacerlo, este Sistema de Registro Nacional (SRN) podría pertenecer al Registro Nacional de Población, pensado así para que tenga cobertura nacional.<sup>13</sup>

La maternidad asistida o receptora y la subrogada, tienen el problema que no habrá un anonimato total; sin embargo biológicamente, en el caso de la maternidad asistida o receptora, la madre será aquella quien solicitó se gestara al hijo o hija producto de una técnica de reproducción asistida.

En la maternidad subrogada no ocurre lo mismo; se conoce a quien gesta al hijo y probablemente a quien transmite el óvulo y los espermatozoides; por ello en atención al anonimato pretendemos que la mujer quien transmite el óvulo sea distinta a la que gesta, para salvaguardar el anonimato y la futura estabilidad del hijo o hija, de igual forma los espermatozoides deberán provenir de una persona distinta al marido de la mujer quien gesta al hijo; el "donador de células germinales" deberá ser siempre anónimo.

Anteriormente observamos el artículo de la Ley General de Salud, donde se establecen los requisitos para efectuar los trasplantes. Los "donadores de células germinales" deben cumplirlos; pero tenemos que agregar una fracción donde se establezca la obligatoriedad de un análisis sobre las enfermedades que pudiera tener el "donador de células germinales", así como el historial clínico de sus antecedentes familiares. La identidad de los "donadores de células germinales" no podrá ser revelada, pero sería obligatorio proporcionar a los "donatarios de células germinales", el historial clínico de los "donadores de células germinales", para poder prever e informar al hijo de los posibles padecimientos que pueda tener en el futuro.

---

<sup>13</sup> Véase el apartado H (Propuesta de creación del Sistema de Registro Nacional) del Presente Capítulo.

El anonimato de los "donadores de células germinales", se aplicaría tanto a la filiación matrimonial como extramatrimonial.

## **B. INFLUENCIA DE LA PROCREACIÓN FUERA DEL PROCESO NATURAL EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.**

La filiación de los hijos e hijas extramatrimoniales producto de las técnicas de reproducción asistida, tendrá grandes similitudes con la filiación de hijos e hijas de cónyuges producto de las técnicas de reproducción asistida, precisamente porque el punto de partida será el consentimiento.

El consentimiento, al igual que en el matrimonio, debe ser diferenciado entre la pareja de hecho y quienes transmiten las células germinales, es decir, los concubenarios y los "donadores de células germinales"; así como el consentimiento de los concubenarios y las mujeres quienes ponen a disposición de aquéllos, su vientre para gestar al hijo. El consentimiento deberá efectuarse por escrito de acuerdo al artículo 20 del RLGSMIS.

Para efectos jurídicos, el consentimiento no puede ser retirado una vez otorgado, no podrá revocarse y dejar sin los derechos que se generan al hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, establecidos en el artículo 389 del C.C.V.D.F.

Se deberá otorgar el consentimiento de conformidad a lo establecido en el artículo 21 y 22 del RLGSMIS, sin que pueda ser revocado para efectos jurídicos de filiación.

En cuanto a los concubenarios, deberán manifestar su consentimiento para efectuar las técnicas de reproducción asistida desde que se comienzan a realizar los estudios. Si por algún motivo no se hiciera desde ese momento, podrá darse en cualquier tiempo.

Tomamos como medida de seguridad el hecho de que sea manifestado desde el principio, porque una vez que se le otorgue no podrá ser revocado; todo esto debido a que la revocación afecta más al producto de las técnicas de reproducción no natural.

Para iniciar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, además de la información indicada en los artículos 21 y 22, deberán ser aclaradas las consecuencias jurídicas que se generan con este acto.

Cuando estamos ante la inseminación y fecundación artificiales homólogas, el consentimiento no genera mayor problema del que podemos considerar ya existe, pues el consentimiento de los concubinarios y el de los “donadores de células germinales” proviene de la misma persona. Por lo que el artículo 293, párrafo segundo del Código Civil no genera mayor complicación.

Ya hemos visto que la inseminación y la fecundación artificiales heterólogas, la maternidad subrogada y la maternidad asistida, sí presentan problemas, pues el artículo 293, párrafo segundo, no hace la diferencia entre el consentimiento del concubinario, la concubina y de los “donadores de células germinales”. Entonces de conformidad al artículo citado, pareciera que quienes consientan, en uno u otro sentido, tendrán parentesco de consanguinidad con el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción no natural.

Los concubinarios darán el consentimiento de la siguiente forma y generará estos efectos:

Inseminación y fecundación artificial heterólogas. Los concubinarios darán su consentimiento de conformidad a lo establecido en los artículos 21 y 22 del RLGSMS; señalándose además que una vez consentido, el procedimiento de aplicación de las técnicas de reproducción no natural, para efectos de la filiación establecidos en el artículo 389 del Código Civil, no podrá ser revocado el consentimiento una vez que se haya otorgado el mismo.

El concubinario dará su consentimiento por escrito y éste será, en la inseminación heteróloga, para que se insemine a la concubina con semen de un hombre distinto a él y para aceptar al hijo producto de las técnicas de reproducción no natural como propio. En la fecundación artificial heteróloga, el concubinario otorgará su consentimiento por escrito para que se fecunde a la concubina con espermatozoides de otro hombre, para que sea fecundado el óvulo fuera del cuerpo de la concubina y posteriormente sea implantado en el cuerpo de la misma. Además aceptará a la hija o hijo producto de esta, como suya o suyo.

La concubina otorgará su asentimiento para que sea inseminada con espermatozoides de un hombre distinto al concubinario y para aceptar al hijo o hija como suyo o suya.

Tratándose de la fecundación artificial heteróloga, el consentimiento se otorgaría para que sea fecundado el óvulo con espermias distintos a los del concubinario, aceptando que la fecundación se haría fuera del cuerpo de la mujer, pero posteriormente se implantaría en el cuerpo de la concubina. El consentimiento servirá además, para aceptar la maternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida

En la maternidad asistida, el concubinario daría su asentimiento por escrito, para que una mujer distinta a la concubina geste el óvulo fertilizado por los espermatozoides del concubinario. El consentimiento también significaría que acepta la paternidad del hijo o hija producto de esa técnica de reproducción asistida.

El concubinario, para efectos de la maternidad subrogada, otorgaría su asentimiento por escrito para que se fertilice un óvulo de la concubina o de una mujer distinta a ella, con semen de él o de un hombre distinto a él, y para que ese óvulo ya fertilizado sea gestado por una mujer distinta a la concubina. El consentimiento también serviría para aceptar la paternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.

En el caso de la concubina en la maternidad asistida, el consentimiento por escrito se daría para que una mujer distinta a ella geste el óvulo fecundado de la concubina con espermatozoides del concubinario; pero además, ese consentimiento sería para aceptar la maternidad del hijo o hija que naciera de la otra mujer.

Si se tratara de la maternidad subrogada, el consentimiento por escrito se dividiría en dos; uno será para ser "donatario de células germinales", en la transmisión de un óvulo o de espermatozoides o de ambos, y el otro para que una mujer distinta a la concubina geste el óvulo fertilizado. El consentimiento, traería como consecuencia la generación de la maternidad sobre el hijo o hija que se tenga en la aplicación de esta técnica.

Cabe mencionar que el consentimiento por escrito en la filiación de los hijos e hijas producto de las técnicas de reproducción asistida, presentaría otra ventaja sobre los hijos e hijas habidos de la forma tradicional; ya que en las técnicas de reproducción asistida se puede hacer realidad, de manera directa, el artículo 383 del C.C.V.D.F que a la letra indica:

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

- I. Los nacidos dentro del concubinato; y

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

Este artículo ya lo habíamos analizado en el primer capítulo y notamos que a diferencia del artículo 324 del Código Civil, no podría hacerse efectivo de manera directa el artículo 383 del Código Civil precisamente porque los concubinarios carecen de un documento con validez oficial para acreditar que son concubinarios. Es por eso que los cónyuges, quienes han tenido un hijo o hija, pueden presentarse, cualquiera de ellos (es decir no es necesario que se presenten los dos), para que el hijo o hija pueda llevar el apellido paterno de los cónyuges; para ello bastará con que se presente el acta de matrimonio y con base en el artículo 324 del Código Civil, se hace la atribución de la paternidad y maternidad.

En el concubinato no ocurre así, pues no hay un documento como el acta de matrimonio, el cual acredite el concubinato. Sin embargo, el consentimiento por escrito (para que se efectúe la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y para aceptar la paternidad y/o maternidad de la pareja), sería suficiente para acudir al Registro Civil y poder acreditar que el hijo o hija tiene un padre y una madre ciertos y de los cuales tiene derecho a ostentarse como hijo o hija.

Ahora observamos otros consentimientos por escrito que son sumamente relevantes: el de los donadores de células germinales y de la asistente.

Debemos distinguir, dentro de las cuatro formas de reproducción asistida que hemos manejado (la inseminación artificial heteróloga, la fecundación artificial heteróloga, la maternidad asistida o receptora y la maternidad subrogada), los dos sentidos que tendrían los consentimientos de los donadores de células germinales y de las asistentes.

Los "donadores de células germinales" en la inseminación y fecundación artificiales heterólogas, deberían otorgar su consentimiento: En primer lugar, serviría para que se obtenga de ellos un óvulo o un espermatozoide (según el género del donador de células germinales); la transmisión se hará a título gratuito. En segundo lugar, serviría el consentimiento para admitir el uso de los espermatozoides u óvulos, ya sea para investigación o trasplante a una pareja con un problema de esterilidad (unida por el vínculo conyugal o concubinarios); en tercer lugar, el consentimiento por escrito se otorgaría para aceptar el no poder reclamar la paternidad o maternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción no naturales.

En cuanto a las asistentes, en la maternidad asistida o aceptada, su consentimiento por escrito sería para que reciba su vientre un óvulo fertilizado de una pareja quien vive en concubinato y lo gesté hasta que se desprenda de ella el hijo o hija. El consentimiento por escrito también tendría el efecto de que una vez gestado o nacido el hijo o hija, debería entregarla a los concubinarios, y no podría reclamar la maternidad sobre el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.

En el caso de la maternidad subrogada, el consentimiento se dividiría en dos. Uno será el del “donador de células germinales” que transmite el óvulo o los espermatozoides para que se pueda hacer uso de ellos, y se pueda fertilizar el óvulo, además el consentimiento de la asistente servirá para aceptar que jamás reclamará la maternidad o paternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción no natural. Y otro consentimiento sería de la asistente que serviría para que una mujer distinta a la concubina, transmita el uso del vientre para que en él se gesté a la hija o hijo producto de las técnicas de reproducción asistida; este consentimiento también serviría para que la asistente entregue el hijo o hija producto de esa técnica de reproducción no natural y para no poder reclamar la maternidad del hijo o hija.

Nuevamente volvemos a estar ante el problema del anonimato del “donador de células germinales” como sabemos las transmisiones se harían a título gratuito. Al igual que en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en cónyuges, debería haber un registro de los consentimientos en el Sistema de Registro Nacional (SRN) en los que aparecería: el nombre del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida; así como el de los padres (de acuerdo al acta del hijo o hija) el nombre del “donador o donadora de células germinales” y las huellas digitales del hijo o hija. La clínica donde se efectúa la aplicación de las técnicas de reproducción no natural, debería estar registrado, siempre y cuando cumpliera con los requisitos que establezca la ley; y sólo podrían llevar a cabo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida las clínicas que cuenten con el registro ante el SRN.

Para ser “donador de células germinales” deberá ser registrado en el Centro Autorizado, emitir el consentimiento y se le harían los exámenes pertinentes para constatar la compatibilidad del óvulo con los espermatozoides.

Por lo tanto los consentimientos surtirían efectos, en el caso de los concubinarios, para comprometerlos y asuman su paternidad y maternidad sobre el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida. De aquí se generaría otra situación importante, si el concubinario emitió su consentimiento por escrito y posteriormente no quiere reconocer al hijo o hija,

la madre podrá registrarlo como de los concubenarios, y el hijo o hija tendría derecho a reclamar alimentos y todos los derechos que se generan según el artículo 389 de Código Civil, por su parte, si fuese la concubina quien no quiere reconocer al hijo o hija y previamente otorgó consentimiento por escrito, el concubinario podría acudir a registrar al hijo o hija como de los dos, no importando que ésta no se presente pues existe el consentimiento de ésta, y el hijo o hija podría reclamar de la concubina los derechos generados de acuerdo al artículo 389 del C..C.V.D.F.

El consentimiento, además de estos importantes efectos, tendría otra forma de aplicación, en determinado caso en el cual ni el concubinario ni la concubina quisieran reconocer al hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, en esa situación el consentimiento por escrito jugaría un papel fundamental, porque serviría para generar filiación.

Se tendría que agregar un artículo 370 – Bis al Código Civil, el cual sería una excepción al artículo 370 del mismo ordenamiento, y consistiría en que establezca que el Centro de reproducción asistida (inscrito al SRN) quien tuviera a un hijo o hija producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida el cual no hubiera sido recogido(a) por los concubenarios; algún representante de la institución se presentaría ante el Juez del Registro Civil, con la hija o hijo, que no fue recogido(a), y debería llevar el consentimiento por escrito que firmaron el concubinario y la concubina, y se le registraría al hijo o hija con los apellidos de quienes figuran como padres en el consentimiento, haciendo constar esta circunstancia en el acta. Este artículo debería parecerse al artículo 58 del C.C.V.D.F., sólo que en este caso tendría padres ciertos, gracias al consentimiento por escrito firmado por la concubina y el concubinario, esto demuestra la gran valía que tendría el consentimiento. Todo esto también serviría para que el SRN tenga el registro pertinente del hijo o hija. Además con base en esta acta de nacimiento, el hijo o hija o su representante legal podrían reclamar alimentos y todos los derechos establecidos en el artículo 389 del C.C.V.D.F.

Si posteriormente una persona quisiera adoptar al hijo o hija producto de la reproducción asistida, además de cumplir con los requisitos en el Capítulo V del Título Séptimo del Código Civil, se agregaría un requisito más, que toda adopción debería ser notificada al SRN, así pues aunque se cambien los apellidos del hijo o hija tendría que avisarse al SRN para que se busque al hijo o hija, y se haga el cambio de nombre.

## C. HIPÓTESIS A LAS QUE DEBERÁ RESTRINGIRSE EL USO DE LOS MEDIOS NO NATURALES

Es necesario establecer límites para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debido a que la ley vigente prevé algunos parámetros, todo esto para evitar un mal uso.

Para muchas instituciones, la aplicación de técnicas de reproducción asistida representa un lucro verdaderamente importante. Es por eso que los anuncios en Internet son verdaderamente atractivos. Podemos buscar y en los servicios encontramos una gran variedad de formas de vender un producto, la posibilidad de la paternidad y maternidad no son la excepción, así encontramos cosas sumamente "atractivas", que tocan una fibra sensible de aquéllas personas quienes desean ser madres o padres:

"Es nuestro deseo que la información contenida en las siguientes páginas les ayude a encontrar la solución para que pueda realizar su anhelo de tener un hijo".<sup>14</sup>

Manejan el anuncio con el elemento básico, la pretensión de tener un hijo. Este anuncio es de la institución de "Técnicas de reproducción asistida, S.C."; pero además indica otra cosa interesante al anunciarse:

"TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, S.C., es la institución en México que ofrece a las parejas estériles **la más alta probabilidad de lograr un embarazo**, siguiendo las normas y protocolos de tratamiento de los centros internacionalmente reconocidos. Es la única institución en México que posee el registro del nombre 'Reproducción Asistida'.<sup>15</sup>

Las letras en negro aparecen tal cual en el anuncio, es por eso que la garantía que ofrecen atrae más al público.

Otras instituciones como la "Clínica de San Javier", resulta un poco más sentimental para la pareja:

---

<sup>14</sup> <http://www.reproduccion.com.mx>

<sup>15</sup> IBIDEM.

“Día a día se incrementa la frecuencia de problemas de esterilidad parejas jóvenes. Actualmente están evolucionando nuevas técnicas relacionadas con la reproducción asistida.

Desde 1978 a través de la Fertilización In Vitro (IVF) aumenta la esperanza de alternativas para la pareja estéril.”<sup>16</sup>

Es más seria que la clínica anterior, y ofrece la posibilidad de derrotar el problema de esterilidad.

Por último presentamos otro instituto, éste presta el servicio de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, el Instituto de Medicina Reproductiva (IMER), cuyo anuncio, toma un rumbo distinto a las dos clínicas anteriormente mencionadas: “Además del profesionalismo y calidad moral y humana, procuramos que los costos de nuestros procedimientos sean accesibles para el mayor número de parejas, para así contribuir a solucionar este grave problema que afecta a nuestra población.”<sup>17</sup>

Son ideas y propuestas atractivas para el sector quien padece este mal. Sin embargo, los intereses que median son un poco distintos. Se juega con la psicología de la pareja, y muchas que tienen dinero estarían dispuestas a pagar cualquier cantidad establecida por un servicio de estos, e incluso, a maquinar cosas que posiblemente no se nos ocurrirían.

- Es por todo esto que la primera hipótesis a la que debería sujetarse la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción no natural, en nuestro concepto, es que cualquier Centro, Clínica, Instituto u Hospital que preste el servicio deberá estar registrado ante el SRN, para garantizar un correcto uso de las aplicaciones.
- Segunda hipótesis. En cumplimiento al artículo 22 fracción II del RLGSMIS, todos los casos que se sometan a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, serían revisados y aprobados por una Comisión de Ética. Ello implica que cada centro, Institución, Hospital o Clínica tendría un grupo destacado de médicos que debatirían sobre cada caso, observando desde un punto de vista ético y moral. Evitando efectuar un acto ilícito.
- Una tercera hipótesis. Misma que ya hemos comentado en otro apartado del presente capítulo y del anterior. Todas las transmisiones se harían a

<sup>16</sup> <http://www.clinicassanjavier.com.mx/fertilidad>

<sup>17</sup> <http://imer.guadalajara.net/html/presenta.html>

título gratuito, no podría cobrarse y para que cualquier institución acepte a una persona como “donador de células germinales” se requeriría cumpla con los requisitos del artículo 333 de la Ley General de Salud; pero debería modificarse la última fracción del mismo artículo, eliminando lo que dice actualmente y estableciendo como último requisito los antecedentes clínicos del “donador de células germinales”, tanto de su salud como las enfermedades genéticas que hay en su familia.

- Cuarta hipótesis. Para efectuar la aplicación de cualquier técnica de reproducción asistida se requeriría se le hagan previos análisis a las parejas para asegurar que sufren de algún problema de esterilidad. Esto debido a que la aplicación de cualquiera de las técnicas de reproducción no natural, sólo se efectuaría cuando haya problemas de esterilidad, tal como lo dispone el artículo 56 del RLGSMIS:  
“La investigación sobre fertilización asistida sólo sería admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el investigador.”
- Quinta hipótesis. A las parejas que pretendan se les aplique alguna de las técnicas de reproducción asistida se les haría un estudio socio-ambiental y psicológico, esto para proteger al hijo o hija producto de dichas técnicas; la Comisión de Ética valoraría este estudio y emitiría su aprobación o no aprobación sobre la futura aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
- Sexta hipótesis. Sólo se aplicarían las técnicas de reproducción no natural a parejas unidas por el vínculo matrimonial y a concubinarios. En las mujeres solteras no se permitiría la aplicación de estas técnicas de reproducción no natural, no por discriminación, sino en atención a lo que favorece al hijo o hija.
- Séptima. El consentimiento se daría de manera libre e informada. No se aceptaría como coacción, si el hombre o mujer alega que por presión moral o ética, o por ser él estéril, se vio obligado a aceptar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
- Octava. El hombre que no hubiera otorgado su consentimiento, y por su cónyuge o concubina se le atribuya la paternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, podría impugnar la paternidad; no así, la maternidad de su esposa o concubina.

No establecemos hipótesis muy específicas sobre los casos en que se aplicarán las técnicas de reproducción asistida, preferimos hablar de cuando haya esterilidad, pues así como los tiempos cambian, la tecnología también lo hace, las enfermedades cada vez surgen más; si establecemos puntos específicos, corremos el riesgo de dejar alguno fuera y cometer una injusticia con aquéllos que la padezcan; así pues, preferimos utilizar el término de esterilidad, del cual tenemos que observar su definición "Esterilidad. (Del lat. Sterilitas, -tatis.) Fisiol. Enfermedad caracterizada por falta de aptitud de fecundar en el macho y de concebir en la hembra"<sup>18</sup>

A su vez, para comprender el término anterior, vale la pena notar lo que es una enfermedad: "...es cualquier estado que perturba el funcionamiento físico o mental de una persona y afecta su bienestar; dicho en otras palabras, es la pérdida del equilibrio dinámico que mantiene la composición, estructura o función del organismo."<sup>19</sup>

Con esos elementos completamos la idea de la esterilidad, y se destaca un término general que abarca cualquier tipo de disfunción al no permitir al varón fertilizar a la mujer; por lo tanto, estando ante cualquier factor que perturbe el adecuado funcionamiento o el funcionamiento normal sexual del hombre o la mujer, cuya consecuencia es el impedir la fertilización, podemos afirmar que estamos ante la esterilidad.

## **D. PROHIBICIÓN DEL EMPLEO DE LA CLONACIÓN EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA.**

En el capítulo tercero, establecimos las razones por las cuales pensamos no se puede permitir la clonación. Encontramos razones jurídicas y psicosociales por las que resultaban más los efectos negativos, para la clonación, que los positivos. Seguimos creyendo que no es adecuado permitir la clonación que genere filiación.

Al respecto, si así se asentará en nuestra legislación, no seríamos el único país que se manifestara con esa tendencia.

<sup>18</sup> "Enciclopedia Salvat Diccionario". Tomo 5, ELEC - FRAL. Salvat Editores, S.A. Barcelona, España. 1976. Pág. 1310.

<sup>19</sup> HIGASHIDA HIROSE, Bertha Yoshiko. "Ciencias de la salud". Ed. Mc GRAW HILL. 2ª Edición. México. 1991. Pág. 6.

Cuando apareció el fenómeno Dolly, hubo un rechazo generalizado a la posibilidad de clonar seres humanos, e incluso algunos autores, analizando los pros y los contras de esta forma de reproducción asistida, decidieron no sólo rechazarla; sino además proponer una sanción penal para quienes la llevaran a cabo. Tal es el caso de Jorge Kiper, quien establece lo siguiente:

"...y en el mismo debería incriminarse:

- a) La clonación y ectogénesis. Se debe evitar que un individuo sea genéticamente igual a otro. Su penalización, impedirá la existencia de seres iguales, lo que haría revivir teorías autoritarias y racistas, ya superadas, de la raza superior. Alemania, influenciada por la enorme carga de su pasado nazi, ha sancionado una de las legislaciones más restrictivas en el tema de biogenética..."<sup>20</sup>

Nuevamente la historia se vuelve la directriz, y es cuando recordamos a cada uno de nuestros profesores quienes repetidas veces nos decían: "para entender el presente, hay que conocer el pasado y para saber lo que será el futuro, hay que conocer el presente". La historia se vuelve uno de los cimientos principales de esta estructura que es la vida.

La clonación es un arma de dos filos, donde los seres humanos pueden lograr que la inteligencia de una persona no muera con ella; pero también puede llevarnos a un control excesivo, donde las libertades conseguidas sean violentadas, donde se indique qué pensar, qué hacer, qué saber. ¿Qué tan lejos estaría esto del pensamiento nazi?.

Hay una interesante oposición hecha por Rodolfo Vázquez, por lo que se refiere a la clonación, misma que señala se rompería con el núcleo tradicional de la familia (concebida entre una pareja unida por el matrimonio o siendo una pareja de hecho, heterosexuales y monógamos). Señala el autor: "... Esta exclusividad contradice los principios de una sociedad liberal y, en concreto, atenta contra el principio de autonomía personal del que se infiere el derecho a la libertad de procreación y de acceso a las nuevas tecnologías de reproducción..."<sup>21</sup>

Este punto de cierta forma lo comentamos en el capítulo II, cuando tratamos el tema de la inseminación y fecundación artificiales en mujer soltera. No repetiremos lo argumentado, sólo señalaremos que los intereses que

<sup>20</sup> KIPER, Jorge. Op. Cit. Pág. 123.

<sup>21</sup> VAZQUEZ, Rodolfo (compilador). "Bioética y derecho". Edita Fondo de Cultura Económica y el Instituto tecnológico Autónomo de México. Primera edición. 1999. Pág. 210.

estamos valorando más son del ser, en este caso los del clonado. Se tiene la libertad de procreación pero todo derecho lleva una obligación, y en este caso es brindarle lo mejor al hijo. Y no debemos olvidar que la libertad de una persona termina donde comienza la del otro. Las reglas para protección de los menores se van endureciendo, precisamente porque es un ser indefenso, quien no tiene voz y voto, pero es el afectado por cada acto realizado por sus padres.

Esto nos lleva a observar la dignidad del clonado. "No hay que olvidar que el individuo clonado vendrá al mundo como 'copia' (aunque sea sólo copia biológica) de otro ser, por lo que se puede propiciar un íntimo malestar en el clonado, cuya identidad psicológica podría correr serio peligro por la presencia real, o incluso virtual, de su 'otro yo'. Además no se puede ocultar a esta persona su condición, ya que éste fue engendrado para asemejarse a alguien que valía la pena clonar... y por lo tanto recaerán sobre él atenciones y expectativas que podrían constituir un verdadero atentado contra la subjetividad personal. Esto también implica un atentado contra la libertad de este individuo (aunque la palabra 'individuo' queda seriamente dañada con la aparición de esta técnica científica). La persona clonada puede convertirse en esclavo de la sociedad, en alguien destinado a cumplir irreversiblemente un objetivo ya prefijado antes de su nacimiento, sin posibilidad de elección por su parte."<sup>22</sup>

Es importante lo apuntado por David Esteban y Andrés Urruela Planas, quienes argumentan, en este documento, las consecuencias contraproducentes de "Estudios sobre la clonación y sus consecuencias sociales". Pues en este sentido, nosotros en el capítulo III manifestamos algunas causas por las cuales no se podría aceptar la clonación. En nuestro caso analizamos el artículo 5 de la constitución, el cual se vulneraría con la clonación pues el derecho que tenemos todos (por mandato de la Carta magna), los clones carecerían de él. Los clones son personas "copia" de otros, cuya razón de estar en este mundo es para continuar los trabajos, investigaciones y/o pensamientos de los "originales". Desde antes de su nacimiento se está coartando un derecho esencial, una garantía que todos los mexicanos poseemos. El clon va a tener mayor presión que el "original", pues este último, hizo hasta donde le fue posible, pero el clon está obligado a hacer hasta lo impensable, no sólo para complacer, sino para convencer.

Estos mismos autores nos hacen reflexionar en dos cuestiones más, la primera:

---

<sup>22</sup> <http://www.etsetb.upc.es/asignatures/tis/clonacion.htm>

"... uno debe plantearse sobre quién ha de caer la responsabilidad de los previsibles fallos en la investigación. Hemos de plantearnos si seremos capaces de aceptar errores en este tipo de investigación que signifiquen automáticamente la creación de 'desechos humanos'... Es evidente que a nadie le gustaría llamarle así, desde el científico hasta cualquier ciudadano odiaría este nombre. Sin embargo, si consideramos humano aquello con lo que estamos experimentando, no nos debe resultar difícil llamar a los errores 'desechos humanos' aunque no guste."<sup>23</sup>

Es muy cierto lo que plantean estas dos personas, porque no todos los experimentos dan los resultados que se esperan; además, para cada técnica de reproducción asistida hay un porcentaje de error, el problema está en ¿qué ocurriría si en la clonación, no salen las cosas como se esperan?, si saliera un ser deforme, ¿se le mataría o abortaría?

El segundo punto que ponen de manifiesto y el cual debemos retomar, son los derechos vulnerados; de éstos nos interesan dos:

- Derecho a la individualidad; y
- Derecho a la no-discriminación.

### **"Derecho a la individualidad"**

La violación de este principio significa que la creación de un ser vivo exactamente idéntico a otro provoca en los dos una falta de sentimiento propio.

Esa sensación de conocimiento interior individual por el cual uno se diferencia de los demás con sus defectos y virtudes se vería vulnerado en el caso de existir muchos como él.

Esta postura se manifiesta en la afirmación: 'el derecho más elemental del recién nacido es el de ser él mismo, alguien totalmente diferente y no una copia...'

### **Derecho a la no – discriminación**

El planteamiento propuesto es reflexionar sobre la idea de si la clonación supone un acto de discriminación en el momento en que el hombre pueda seleccionar el patrimonio genético de los seres vivos creando de algún modo, una raza considerada socialmente superior a las demás."<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> <http://www.etsetb.upc.es/assignatures/tis/clonacion.htm>

<sup>24</sup> <http://www.etsetb.upc.es/assignatures/tis/clonacion.htm>

Ciertamente con la clonación no se podría respetar el “Derecho a la individualidad”, pues como analizamos en el capítulo III, si la razón principal de efectuar la clonación es obtener un ser idéntico al clonado, se violaría el derecho a la individualidad. Para que el clon tuviera la ideología del clonado, se tendría que ambientar su medio social y psicológico de manera similar al del clonado, de lo contrario no se podría garantizar la misma orientación en los trabajos, y la consecución de las obras del clonado.

Es parte normal de la vida que cuando vamos creciendo se desarrolla una personalidad, aún entre gemelos los padres deben respetar la individualidad de los hijos y permitir que cada uno adquiera un carácter propio, y deben aprender a vivir con las virtudes y defectos de cada uno de ellos. Con la clonación, la primera cosa que no se le permitiría es desarrollar una personalidad propia, con una línea de pensamiento auténtica, tendría el problema de las comparaciones, pues ya no podría responder a las expectativas para las cuales fue creado. Además estaríamos creando un ser infeliz, pues los parámetros para él estarían tan bien marcados, que no tendría varias libertades con las cuales contamos la mayoría de los seres humanos. Sabemos que aún los hijos nacidos de manera natural, muchos de ellos se les violenta el respeto a esa individualidad, pues al parecer los padres generalmente buscan darle a los hijos aquello de lo cual carecieron; por esta razón muchos padres cuya carencia es una carrera profesional, tratan de darle una a sus hijos. Los padres buscan darle a sus hijos una vida mejor a la que ellos tuvieron, de tal manera que persiguen orientar la vocación de los hijos e hijas. Sin embargo no ocurre así con la clonación, porque una cosa es orientar la vocación de un hijo o hija, y otra es obligarlo a que la siga, sin darle opción de escoger. En la clonación no se busca se mejore la situación del clon respecto del clonado, pues el punto de partida es que tenga una vida similar al clonado, para la consecución de las ideas, obras y trabajos que pudo estar desarrollando. El derecho a la individualidad se ve abrigado en la “Declaración Universal sobre el genoma y derechos humanos”, misma que en su artículo 2 inciso b) se establece:

- b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad. Se observa el mandato al respeto de su carácter único y su diversidad<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> GARCÍA MORIYÓN, Felix. “Derechos humanos y educación” Ediciones De la Torre. Madrid, España. 1998 Pág. 499

Con la clonación ya no se respetaría esto, pues dejaría de ser único, ya que no habría, genéticamente por lo menos, diferencias entre el clon y el clonado.

Por otro lado tenemos el derecho que los autores consideran se está violando con la clonación, y es el de la "No - discriminación"; plantean que al elegir a una persona para clonarla habrá una discriminación para los no electos, pues se está en el dicho que serán personas sobresalientes por sus ideas, conocimientos y/o habilidades artísticas. Con la clonación de unos cuantos, "los elegidos" serían una elite donde claramente no cualquiera tendría acceso.

Además de estos problemas, encontramos otras razones para no aceptar la clonación. Mencionamos en el capítulo III, entre otras cosas, el interés del hijo o hija, el cual está, a nuestro parecer, sobre las demás personas, incluso sobre los intereses de los padres; pero esta afirmación tiene fundamento jurídico, y que mejor si es mandato establecido por la Ley Suprema, es decir, la "Constitución de los Estados Unidos Mexicanos". En el artículo 4 en su último párrafo, a la letra dice: "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas."

Como puede observarse los padres no sólo deben brindar bienes materiales, sino que también debe salvaguardar la salud física y mental del hijo o hija. Es aquí donde se genera una de las primeras razones para rechazar la clonación, pues con ella se generaría toda una problemática en materia de filiación. ¿Del clon, quién es el padre y quién es la madre?, ¿Cuál es su familia?, ¿Se podría desarrollar como todos los niños, con las libertades de los niños?, ¿Cuál sería su aceptación en la sociedad? Resulta peligrosa la clonación, tanto para la sociedad (por la creencia de una raza superior que podría formarse a raíz de la aplicación de esta técnica de reproducción asistida), pero además también lo es para el clon. No contaría con un padre y una madre, pues para comenzar sólo se obtiene de una persona. Se confunde el parentesco, porque es como un gemelo genéticamente del clonado, pero también podría ser su hijo o hija. Es una reproducción asexual, no requiere de un hombre y una mujer, ni de las células germinales de éstos, basta con una sola persona para generar otro ser humano. Todo esto complica el parentesco, porque si es gemelo genéticamente del clonado, podría también ser hijo o hija de quien sería su abuelita. Nuevamente estamos ante una hipótesis donde no podría haber una familia normal, en la cual faltaría una de las figuras paternas, y es aquí donde entra en crisis la protección a la salud mental de los menores que

ordena el artículo 4 de la constitución. Y al tener una madre o un padre que son como hermanos gemelos y a los que tiene, no sólo el deber sino la obligación de imitar y de seguir sus experimentos, obras y pensamientos, vulnerará la salud mental de los hijos, contraviniendo el mandato de la constitución mexicana.

En la "Declaración universal sobre el genoma y derechos humanos" de la UNESCO, en el artículo 11 se determina:

"No deben permitirse las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional e internacional las medidas que correspondan, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente declaración."<sup>26</sup>

En resumen, la clonación se considera una práctica contraria a la dignidad, porque puede convertirse en una herramienta de discriminación o para crear elites. Este artículo constituye una invitación y no una obligación para que los Estados la adopten en sus legislaciones internas. La clonación es concebida por esta declaración, como no permisible. Por ello nosotros creemos que no resulta conveniente permitiría. México debe rehusarse a adoptar la clonación que genera filiación, pues incluso contravendría la constitución, como acabamos de ver en el artículo 4 último párrafo.

## **E. PROHIBICIÓN DEL EMPLEO DE LAS CÉLULAS GEMINALES PROCEDENTES DE UN O UNA FALLECIDA PARA EFECTUAR LA INSEMINACIÓN O FECUNDACIÓN ARTIFICIALES.**

En atención a la postura que hemos mantenido durante el presente trabajo, tenemos que rechazar la posibilidad de inseminar y fecundar, con semen de un hombre fallecido a la viuda o a la concubina.

Podemos hacer varias aclaraciones, en primer lugar haremos una especificación, respecto al "donador de células germinales". Se ha señalado que no debe ser un hombre fallecido, pero en este caso en particular

---

<sup>26</sup> GARCÍA MORIYÓN, Félix. Op. Cit. Pág. 500.

estamos hablando de una persona que además de "donador de células germinales", debe ser esposo o concubinario de la mujer, quien recibirá los espermatozoides para que se fecunde el óvulo y nazca el hijo que pretenden surja.

Es necesaria la presente especificación, pues de lo contrario podría pensarse que al pretender hacer una inseminación o fecundación, tendría que buscarse al "donador de células germinales", para saber si está vivo o muerto, pues si está muerto ya no se procedería a la inseminación o fecundación artificiales. Pero no pretendemos generalizar de esta manera, el impedimento va dirigido a obstaculizar nazcan hijos sin un padre, pues la idea de nosotros es que el hijo tenga una familia formada por un padre y una madre, con los que se desarrolle.

La inseminación post mortem impide la consecución de nuestra preocupación principal, es decir el bienestar del hijo, pues se impide garantizar haya hijos o hijas con ambos padres, por ello, pretendemos que las técnicas de reproducción no natural se apliquen sólo a mujeres casadas y concubinas.

Unicamente la pareja (ya sea de hecho o de derecho) podría, de manera conjunta recurrir a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. De tal manera que si antes de que se inicie la inseminación o la fecundación artificiales, la maternidad asistida o la subrogación de maternidad, se llegase a morir el marido o el concubinario, no podría continuarse con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se requeriría que por lo menos al momento de la inseminación y fecundación artificiales, ambas personas de la pareja estuvieran vivas. Decimos que por lo menos al momento de la inseminación o fecundación artificiales, tanto el esposo, como la esposa estén vivas, debido a que una vez efectuada la inseminación o fecundación no creemos adecuado aceptar el "deshacerse" del cigoto, pues de acuerdo al artículo 22 del C.C.V.D.F., ya entra bajo la tutela del derecho, puede decirse que el nuevo ser ya está concebido. Si se atentara contra el óvulo fecundado, no podría hablarse de aborto pues basta observar la descripción del tipo del delito de aborto:

"Art. 329. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."

Quizá la primera pregunta que tengamos es el de saber en qué consiste el aborto; es decir, si puede ser fuera del cuerpo o dentro del cuerpo de la mujer, para ello observaremos lo que dice el "Diccionario de derecho penal":

"ABORTO. Se dá este nombre á la extracción del producto de la concepción, y á su espulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, siempre que se haga sin necesidad..."<sup>27</sup>

Como puede notarse, no podríamos afirmar que en este caso estamos ante el delito de aborto, en caso de que ocurriera un problema con el óvulo fertilizado in vitro o con el embrión congelado (TET), es decir, que por accidente pereciera, pues ya estamos ante una nueva vida, según el artículo 22 del C.C.V.D.F., no hay expulsión alguna. En el caso de las otras formas de reproducción asistida como lo son la inseminación artificial, la maternidad asistida y la maternidad subrogada, a nuestro parecer sería absurdo interrumpir el transcurso de una vida que se está formando por mero capricho, porque así lo da a entender el RLGSMS; en primer lugar, el aborto, no está permitido y solo hay excepciones; en segundo término, porque aún habiendo excepciones al delito de aborto ninguna de ellas prevé o asimila de alguna manera la situación que presentamos, es decir, ninguno marca como punto de partida el hecho de que por no querer tener el hijo o hija, o por no tener tanto un padre como una madre, sea razón suficiente para efectuar el aborto sin que se sancione.

Aunque el delito de aborto no dispone la posibilidad de considerar la interrupción de la vida del feto congelado, o fuera de la mujer, o del óvulo fecundado extracorpóreo; no podemos permitir que se trunque la vida de un ser en los casos no admitidos para los hijos concebidos de manera natural.

Entonces la prohibición iría dirigida a la realización de la fecundación, la inseminación, la maternidad asistida, y la maternidad subrogada, cuando el padre o la madre hayan fallecido; por lo tanto forzosamente debe requerirse estén vivos, para que el hijo o hija tenga un padre y una madre. Si durante el embarazo alguno muriera, se continuaría hasta que nazca el hijo; no podría ser interrumpido a causa de esta situación. No hacemos ninguna distinción de cuál inseminación o fecundación, de tal manera que si estamos ante una inseminación o fecundación artificial homóloga y el varón muere antes de que se insemine o fecunde el óvulo, ya no se podría proceder a la aplicación de la técnica de reproducción asistida. Insistimos que se debe requerir que ambas partes de la pareja estén vivos, por lo menos, al momento de la inseminación. Por lo que podríamos determinar que, así como en el RLGSMS existe la posibilidad de retractarse en el consentimiento, en materia de filiación se establecería que una vez dado éste ya no hay posibilidad de retirarlo, siendo esta última una excepción. Pero si la persona

<sup>27</sup> DÍAZ BARREIRO, Juan Manuel. "DICCIONARIO DE DERECHO PENAL MEXICANO". Edita Instituto de Ciencias Penales. Primera reedición. México. 1987. Pág. 9.

muere y aún no se ha fecundado o inseminado el óvulo, la esposa no podría disponer de él, pues en el consentimiento informado se agregaría esta situación, estableciendo que si el marido o concubinario llegase a fallecer, la esposa o concubina no podría hacer uso del semen, y éste quedaría a disposición del Centro de reproducción asistida, para que sea utilizado por otras parejas. La misma situación guardaría cuando la que fallezca sea la mujer, el marido o concubinario no podría reclamar el o los óvulos de su esposa o concubina para que sean fecundados e instaurados en otra mujer (maternidad asistida o de recepción) y geste al hijo, esto debido a que en el consentimiento informado se establecería esta situación; y en caso de muerte, el esposo o concubinario no podría disponer de los gametos (las células germinales) de la esposa o concubina; el Centro de reproducción asistida sería quien dispondría libremente de ellos para que fueran utilizados por otras parejas.

## **F. PROPUESTA DE NORMATIVIDAD BÁSICA SOBRE LA INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN ARTIFICIAL MARITAL Y DE CONCUBINATO.**

Antes de llegar a la propuesta referida en este apartado, tenemos que hacer algunas modificaciones al Código Civil vigente para el Distrito Federal, debemos establecer una sección de "Disposiciones Generales" para los hijos e hijas, habidas por medio de las técnicas de reproducción no natural.

### MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL

En orden numérico, la primera parte que debemos modificar es el Título Cuarto del Libro Primero "Del Registro Civil".

La redacción del artículo 55 del C.C.V.D.F., es la siguiente:

"Art. 55. Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los ascendientes sin distinción alguna dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.

Los médicos cirujanos o partera que hubieren asistido el parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las mismas veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene cualquier persona cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento.

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

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

#### LA PROPUESTA QUE HACEMOS:

*“Art. 55. Tiene obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los ascendientes sin distinción alguna dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél. Sin embargo, tratándose de los hijos o hijas producto de las técnicas de reproducción asistida, el plazo para informar del nacimiento será, como máximo, de tres días. Excepto si el hijo o hija sufre alguna complicación para abandonar el Centro Autorizado, Clínica, Instituto u Hospital, en cuyo caso se extenderá hasta que pueda dejar el Centro, Hospital, Clínica o Institución.*

*Los médicos cirujanos o partera que hubieren asistido el parto, tiene obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene cualquier persona en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento.*

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

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

El artículo 58 del C.C.V.D.F. tiene la siguiente redacción:

“ El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan; asimismo, la razón de si se ha presentado vivo o muerto y la impresión digital del presentado. Si se desconoce el nombre de los padres, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta.

Si el nacimiento ocurriere en un establecimiento de reclusión del Distrito Federal, el Juez del Registro Civil deberá asentar como domicilio del nacido, el que señalen sus padres.

En el caso del artículo 60 de este Código, el Juez del Registro Civil pondrá el apellido paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca.”

#### PROPUESTA

*“Art 58. El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan; asimismo, la razón de si se ha presentado vivo o muerto, la impresión digital del presentado y la asignación de la CURP que le dé la Dirección General del Registro Nacional de Población. Si se desconoce el nombre de los padres, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta.*

*Si el nacimiento ocurriere en establecimiento de reclusión del Distrito Federal, el Juez del Registro Civil deberá asentar como domicilio del nacido, el que se señalen sus padres.*

*En el caso del artículo 60 de este Código, el Juez del Registro Civil pondrá el apellido paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca. Tratándose de hijos producto de las técnicas de reproducción asistida, el Juez del Registro Civil asentará el apellido paterno de la persona que consintió, con la finalidad de ser padre y/o madre según el documento que proporcione el Centro, Clínica, Institución u Hospital, donde se haya llevado a cabo la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Para que el Juez del Registro Civil proceda a cumplir el presente párrafo, deberá observar las firmas en dicho documento, las cuales deberán ser autógrafas.”*

El artículo 60 a la letra dice:

“El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.

Cuando no están casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.

La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este Código.

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

#### LA PROPUESTA:

*“Art. 60. El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos. Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o por medio de sus representantes, ante el Registro Civil. Sin embargo, cuando el hijo o hija sea producto de las técnicas de reproducción asistida, no se requerirá que concurren ambas personas, bastará con que acuda una de ellas, con ambos consentimientos, así se atribuirá a la concubina y al concubinario o a los cónyuges, según su situación.”*

Artículo 63, actualmente señala:

*“Se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges.”*

#### LO QUE PROPONEMOS:

*“Art. 63. Se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo o hija nacido en matrimonio es de los cónyuges.*

*En el caso de los hijos o hijas producto de las técnicas de reproducción asistida, se presume que un hijo o hija nacida de matrimonio es de los cónyuges, salvo que no medie consentimiento de alguno de ellos; o si alguno falleció y no estuvo presente al momento de la aplicación de la técnica de reproducción asistida.”*

El artículo 65 determina:

*“Toda persona que encontrare un recién nacido o en cuya casa o propiedad fuere expuesto alguno, deberá presentarlo al Ministerio Público con los vestidos, valores o cualesquiera otros objetos encontrados con él, y declarará el día y lugar donde lo hubiere hallado así como las demás circunstancias que en su caso hayan concurrido. Una vez lo anterior, el Ministerio Público dará aviso de tal situación al Juez del Registro Civil, para los efectos correspondientes.”*

#### LA PROPUESTA HECHA POR NOSOTROS ES LA SIGUIENTE:

*“Art. 65. Toda persona que encontrare un recién nacido, o en cuya casa o propiedad fuere expuesto alguno, deberá presentarlo al Ministerio Público*

con los vestidos, valores o cualesquiera otros objetos encontrados con él, y declarará el día y lugar donde lo hubiere hallado así como las demás circunstancias que en su caso hayan concurrido. Una vez lo anterior el Ministerio Público dará aviso de tal situación al Juez del Registro Civil, para los efectos correspondientes.

*En estos casos, el Juez del Registro Civil está obligado a verificar si el hijo o hija que se presenta, ya fue registrado, esto lo hará comparando las huellas digitales del niño o niña y consultando la base de datos. De no estarlo procederá a registrarlo conforme a lo establecido en el artículo 58. Si de la investigación resultare que el hijo o hija está registrado, entonces se buscará a los padres para que se encarguen de él, o se le nombrará un tutor para que reciba los beneficios establecidos en el artículo 389 del presente Código.”*

Creemos que la propuesta hará eficiente el registro de niños y niñas. Quizá la duda que puede surgir es que el Juez del Registro Civil no es perito, esto es muy cierto, sin embargo nosotros no pretendemos convertirlo en tal, pues pensamos que podríamos valernos de la tecnología. En la actualidad hay muchos lugares de trabajo que cuentan con un aparato que registra la entrada y salida de los empleados. Cuando una persona ingresa a trabajar a estos lugares, se le toma su huella digital integrándola a la base general de empleados. Por lo tanto, cuando el empleado va a trabajar, a la hora de entrada apoya su dedo pulgar en una pantalla, quedando registrado la hora de llegada, el nombre y datos del empleado; así ya no necesita firmar, pero además se asegura que el registro no lo hará una persona distinta a ese trabajador. En el caso del Juez del Registro Civil, el solamente tendría que apoyar el dedo pulgar del niño o niña, para que automáticamente la máquina busque en la base si existe ya el registro de esa huella digital.

Otro de los artículos que creemos se debe cambiar es el artículo 66, que a la letra establece:

“La misma obligación tienen los jefes, directores o administradores de los establecimientos de reclusión, y de cualquier casa de comunidad, especialmente los de los hospitales, casas de maternidad e incluso, respecto de los niños nacidos o expuestos en ellas y en caso de incumplimiento, la autoridad del órgano político administrativo de la Demarcación Territorial del Distrito Federal que corresponda, impondrá al infractor una multa de diez a cincuenta días del importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.”

## NUESTRA MODIFICACIÓN ES LA SIGUIENTE:

*“Art. 66.. La misma obligación tienen los jefes, directores o administradores de los establecimientos de reclusión, y de cualquier casa de comunidad, especialmente los de los hospitales, casas de maternidad e incluso, respecto de los niños nacidos o expuestos en ellas y en caso de incumplimiento, la autoridad del órgano político administrativo de la Demarcación Territorial del Distrito Federal que corresponda, impondrá al infractor una multa de diez a cincuenta días del importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.*

*Los Hospitales, Centros Autorizados, Clínicas o Instituciones donde haya sido abandonado un hijo o hija producto de una técnica de reproducción asistida; los directores, jefes o administradores, tendrán la obligación señalada en el artículo anterior, pero al dar aviso al Registro Civil y al Ministerio Público, señalarán quién es el padre y la madre y para ello presentará el o los consentimientos otorgados.*

*El Juez del Registro Civil procederá a registrar al hijo o hija con el apellido paterno de los que consintieron con la finalidad de ser padres. Si solamente hubo consentimiento de una de las partes, se asentarán los apellidos de quien consintió con la finalidad de ser padre o madre. Una vez registrado el hijo o hija, se dará aviso al Sistema de Registro Nacional para que efectúe el registro pertinente.”*

## SE AGREGARÍA EL ARTÍCULO 76 – A:

*“En todas las actas de nacimiento se anexará la CURP correspondiente; y cuando se haga reconocimiento, adopción o cualquier acto que modifique el nombre, la designación de la CURP quedará sin cambio alguno.”*

Artículo 98 a la letra indica:

“Al escrito a que se refiere el artículo anterior, se acompañará:

- I. El acta de nacimiento de los pretendientes y en su defecto un dictamen médico que compruebe su edad, cuando por su aspecto sea notorio que son menores de dieciséis años;
- II. La constancia de que presentan su consentimiento para que el matrimonio se celebre las personas a que se refiere los artículos 149, 150 y 151;

- III. La declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tiene impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;
- IV. Un certificado suscrito por médico titulado que asegure, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria. Para los indigentes tienen obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial.
- V. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio. En el convenio se expresará con toda claridad si el matrimonio se contrae bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes. Si los pretendientes son menores de edad, deberán aprobar el convenio las personas cuyo consentimiento previo es necesario para la celebración del matrimonio. No puede dejarse de presentar este convenio ni aun a pretexto de que los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio. Al formarse el convenio tendrá en cuenta lo que disponen los artículos 189 y 211, y el juez del Registro Civil deberá tener especial cuidado sobre este punto, explicando a los interesados todo lo que necesiten saber a efecto de que el convenio quede debidamente formulado. Si el acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 fuere necesario que las capitulaciones matrimoniales consten en escritura pública se acompañará un testimonio de esa escritura.
- VI. Copia del acta de defunción del cónyuge fallecido si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes hubiere sido casado anteriormente, y
- VII. Copia de la dispensa de impedimentos, si los hubo.”

*EN NUESTRO CONCEPTO DEBE EFECTUARSE UN CAMBIO A LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 98 Y SU REDACCIÓN DEBE SER LA SIGUIENTE:*

*“Art. 98. Al escrito que se refiere el artículo anterior, se acompañará:*

- I ...*
- II ...*
- III...*

IV *Un certificado suscrito por un Centro Autorizado por la ley, adscrito al Sistema de Registro Nacional. El certificado debe asegurar, bajo protesta de decir verdad, que los pretendientes no padecen una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria y deberá aseverar que no existe incompatibilidad genética entre los futuros contrayentes.*

Necesitamos modificar el artículo 341 del C.C.V.D.F., el cual posee la siguiente redacción:

"A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba."

#### NOSOTROS PROPONEMOS:

"Art. 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo *aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen. Tratándose de los hijos o hijas producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, se admite como prueba el consentimiento expreso otorgado por el padre o la madre.* En el caso de la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba."

Otra modificación necesaria es la del artículo 360 del C.C.V.D.F., la legislación tiene la siguiente redacción:

"La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos por una sentencia ejecutoriada que así lo declare."

## LO PROPUESTO ES:

*“Art. 360. La filiación de los hijos e hijas resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento, excepto tratándose de los hijos e hijas habidos por medio de las técnicas de reproducción asistida, cuya regulación aparece en el capítulo IV – Bis del Título séptimo del Libro Primero del presente Código. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad, pero tratándose de hijos habidos con alguna de las técnicas de reproducción asistida, la filiación resultará tal como lo establece el capítulo IV – Bis del Título Séptimo.”*

Del artículo anterior se desprende la necesidad de crear un nuevo apartado. Pero antes de comenzar a comentar el nuevo apartado debemos modificar el artículo 389 y el 466 del C.C.V.D.F., la redacción del artículo 389 es la siguiente:

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

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley...”

## Y LA PROPUESTA ES LA SIGUIENTE:

“Art.389. El hijo reconocido por el padre, por la madre o 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; y si éstas faltasen o tuviera imposibilidad, la obligación recaerá en las personas señaladas en el artículo 305 del presente ordenamiento, en los términos establecidos en el Libro Primero, Título Sexto, Capítulo II del mismo;*
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley...”

“Art. 466. El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450, durará el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la

tutela de que se trata tienen derecho de que les releve de ella a los diez años de ejercerla ”

#### *LA MODIFICACIÓN QUE PROPONEMOS ES:*

“Art. 466. El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450, durará el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitando por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo, siempre y cuando no se trate del consentimiento para que se efectúe la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en este caso deberá el Juez nombrar un tutor especial; por lo que se refiere a los demás actos el o la cónyuge será el tutor o tutora mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata tienen derecho de que les revele de ella a los diez años de ejercerla.”

El último de los artículos del Código Civil, al que proponemos modificar es el artículo 468:

“El Juez de lo Familiar cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapaz, debiendo dictar las medidas necesarias para ello, hasta el discernimiento de la tutela. Para cumplir esta función, se auxiliará de las instituciones médicas, educativas y de asistencia social.

*Proponemos agregar:*

*Cuando el incapaz sea hijo o hija producto de una técnica de reproducción asistida, y si fuere abandonado, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 58, el Juez de lo Familiar nombrará un tutor especial para reclamar alimentos y/o sucesión, según sea el caso.”*

### TÍTULO SÉPTIMO DE LA FILIACIÓN CAPÍTULO IV – Bis

#### DE LOS HIJOS PRODUCTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SECCIÓN PRIMERA

#### DISPOSICIONES GENERALES

*Art. 389 – A. Conceptos básicos de las técnicas de reproducción asistida:*

*I.- CÉLULAS GERMINALES O GAMETOS GERMINALES. Son los óvulos o espermatozoides.*

II.- **CENTROS AUTORIZADOS.** *Son las Clínicas, Hospitales, Instituciones, Centros Públicos o Privados, que presten el servicio de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cuáles cumplan con los requisitos establecidos en las Leyes competentes.*

III.- **DONADOR DE CÉLULAS GERMINALES.** *Es la persona física o moral que hace la transferencia de espermatozoides o de uno o varios óvulos a título gratuito, a donatarios de células germinales o a un Centro Autorizado.*

IV.- **DONATARIOS DE CÉLULAS GERMINALES.** *Son la Persona o personas que reciben el óvulo o espermatozoides gratuitamente para engendrar un hijo o hija; los donatarios deben ser cónyuges o concubinarios con problemas de esterilidad y/o pretenden evitar la transmisión de una enfermedad grave a la descendencia; ya sea que algún miembro de la pareja la sufra o ambos.*

*Para efectos de este capítulo, se entenderá por cónyuges a la mujer y el hombre unidos por el vínculo conyugal; y por concubinarios a la mujer y hombre ligados por el concubinato, es decir quienes cumplen con los requisitos del artículo 291 - Bis del presente Código Civil.*

V.- **EL CONSENTIMIENTO DE LAS ASISTENTES.** *Es el acuerdo de voluntades entre las asistentes y una pareja de cónyuges o concubinarios, cuyo fin es que la asistente geste un óvulo fertilizado para la pareja con quien acordó, pues dichos cónyuges o concubinarios de manera natural no podrían hacerlo, pues la esposa o concubina terminaría abortando, deformando o causando un daño grave al hijo o hija; o incluso en el intento de gestar la concubina o la esposa podría perder la vida. El consentimiento de los asistentes genera la obligación de entregar a los asistidos, el producto de la gestación. El consentimiento de las asistentes no generará filiación entre ellas y el producto de la gestación.*

VI.- **EL CONSENTIMIENTO DE LOS DONADORES DE CÉLULAS GERMINALES.** *Es la voluntad manifestada expresamente para que se haga uso de las células germinales transmitidas, cuyo fin es ser usadas por parejas, donde una o ambas personas sufren esterilidad o sufren de una enfermedad grave que impediría a su descendencia tener una vida normal. Una vez otorgado el consentimiento por el o la donadora de*

*células germinales no podrán reclamar, posteriormente la maternidad o paternidad del hijo o hija producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.*

**VII.- EL CONSENTIMIENTO DE LOS DONATARIOS DE CÉLULAS GERMINALES Y DE LOS ASISTIDOS.** *Es el acuerdo de voluntades entre el hombre y el Centro Autorizado; entre la mujer y el Centro Autorizado. La expresión de la voluntad deberá hacerse de por escrito, y tratándose de los donatarios de células germinales sirve para que se realice la inseminación homóloga o heteróloga; o la fecundación homóloga o heteróloga; y proviniendo de los asistidos será para efectuar la maternidad asistida o aceptada; o para efectuar la maternidad subrogada; al otorgar ese consentimiento se crea un lazo de parentesco consanguíneo entre los asistidos o donatarios de células germinales y el hijo o hija producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.*

*Para efectos del presente Código Civil, los donatarios de células germinales y los asistidos siempre consienten con el ánimo de ser padre o madre, según su género.*

**VIII.- ENFERMEDAD GRAVE.** *Es aquélla que pone en peligro grave la subsistencia del hijo o hija. Entendiendo por peligro grave, aquella enfermedad hereditaria que no le permita al hijo o hija tener una vida normal como a todos los niños, haciéndole depender de por vida de medicamentos y asistencia cotidiana a instituciones de salud, ya sea por enfermedad física o mental.*

**IX.- FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.** *Es aquélla donde el óvulo es fecundado por los espermatozoides fuera del cuerpo de la esposa o concubina, teniendo como fin subsanar el daño generado por la esterilidad o evitar la transmisión de una enfermedad grave; y posteriormente se le implantará el óvulo ya fecundado a la esposa o concubina. En esta técnica deberá, por lo menos, una de las células germinales ser de una persona distinta a la pareja, ya sea de la esposa o concubina, o del esposo o concubinario.*

**X.- FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.** *Es aquélla en la que el encuentro de óvulo con el espermatozoide se lleva fuera del cuerpo de la esposa o concubina; y donde el óvulo pertenece a la esposa o concubina y el espermatozoide al marido o concubinario. Una vez fecundado el óvulo se le implanta a la misma mujer que aportó el óvulo, es decir, la esposa o concubina para que lo geste.*

- XI.- **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.** Es aquella en la que el semen empleado proviene de un varón distinto al esposo o concubinario y que se introduce por medios artificiales a la mujer, es decir, sin coito; cuya finalidad es solucionar el problema de esterilidad o evitar la transmisión de una enfermedad grave que afecte a la descendencia.
- XII.- **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA.** Es aquella en la que se emplea semen del marido o del concubinario, introduciéndolo por medios artificiales a la mujer, es decir, sin coito; con la finalidad de fertilizar el óvulo.
- XIII.- **MATERNIDAD ASISTIDA O RECEPTORA.** Se caracteriza porque una persona pone a disposición de una pareja unida por el vínculo conyugal o el concubinato, a título gratuito, su vientre; para que se implante y gaste al hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, debido a que la esposa o concubina no puede hacerlo, pues de intentarlo terminaría abortando, deformando o causando un daño grave al ser concebido aún no nacido; o incluso poniendo en peligro su propia vida.
- XIV.- **MATERNIDAD SUBROGADA.** Es aquella en la que una pareja de cónyuges o concubinarios solicita se le transmita un óvulo y/o espermatozoides gratuitamente, es decir, es donataria de células germinales; pero además, busca a otra mujer que ponga a su disposición la posibilidad de gestar el óvulo fertilizado que se le ha transmitido, es decir a su vez es asistida, todo ello a título gratuito; debido a que los óvulos de la asistida no son susceptibles de fertilizarse y su vientre tampoco puede albergar y gestar a un hijo porque de hacerlo terminaría abortando al hijo o hija, deformándolo o causándole un daño grave; o se pondría en peligro la vida de la asistida.
- XV.- **TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA O TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN NO NATURAL.** Son aquellas en las que no habiendo acto coital, se concibe con ayuda de asistencia médica.
- XVI.- **TRANSFERENCIA DE ESPERMATOZOIDES PARA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CONCUBINARIOS.** Se realiza a una pareja que vive en concubinato, cuando el concubinario es estéril. A los concubinarios se les denomina 'donatarios de células germinales'; y éstos solicitan un acto llamado transferencia de espermatozoides, en el que el donador de células germinales se obliga a transmitir los espermatozoides de manera gratuita a los donatarios de células germinales, para que se insemine a la concubina.

XVII.- TRANSFERENCIA DEL ÓVULO O ESPERMATOZOIDES PARA LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CONCUBINARIOS. Código, a Se da cuando el concubinario y la concubina, que son 'donatarios de células germinales', reciben un óvulo o espermatozoides a título gratuito de una persona física o moral llamada 'donadora de células germinales', quien se obliga a entregarlo y a no reclamar en un futuro la paternidad o maternidad del hijo producto de la fecundación artificial heteróloga.

XVIII.- TRANSFERENCIA DEL ÓVULO O ESPERMATOZOIDES PARA LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN CÓNYUGES. Esta se realiza cuando una persona física o moral llamada 'donador de células germinales', poseedora de un óvulo o espermatozoide, transmite a título gratuito alguna o ambas células germinales, a una pareja unida por el vínculo conyugal cuya denominación es 'donataria de células germinales'. El será fecundado fuera del cuerpo de la esposa para posteriormente implantarlo en ella. Por este acto la o el donador de células germinales se obliga a no reclamar la paternidad del hijo o hija, producto de fecundación artificial.

XIX.- TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS (GIFT). Se efectúa cuando se coloca en la porción distal de la trompa (el sitio normal de la fertilización) óvulos, ya sea de la propia esposa, o de la concubina, o de una donadora de células germinales, mezclados con semen proveniente del marido, o concubinario, o de un donador de células germinales. Para ello se requirió de la captura ovular, es decir, óvulos maduros, a través de punción ovárica.

XX.- TRANSFERENCIA TUBÁRICA DE EMBRIONES (TET). Es aquella en la que se capturan óvulos maduros, ya sea de la cónyuge o concubina, o de una donadora de células germinales. Los óvulos son incubados unas horas y posteriormente son inseminados. Se mantienen in vitro hasta que son embriones y se implantan a la cónyuge o concubina.

Art. 389-B Para acceder a las técnicas de reproducción asistida, deberá agotarse previamente la adopción, una vez negada ésta, podrá acudir a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida.

En la aplicación de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida prevalecerán, ante todo y en cualquier situación, los intereses del hijo o hija producto de dicha aplicación.

*Art. 389-C La filiación de los hijos e hijas producto de las técnicas de reproducción asistida, se generará por el consentimiento otorgado por las personas que pretenden ser padre y madre.*

*Los usuarios de las técnicas de reproducción asistida, sólo podrán ser aquéllos que cumplan los requisitos establecidos en la Ley General de Salud, en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud y en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.*

*Únicamente se permitirá que hagan uso de las técnicas de reproducción no natural, las parejas unidas por el vínculo conyugal o el concubinato que sufran de esterilidad, o cuando alguno de los miembros de la pareja padezca una enfermedad grave.*

*Las personas quienes pretendan se les aplique alguna de las técnicas de reproducción asistida, deberán someterse a un estudio socioambiental y psicológico, de los cuales la Comisión de Ética hará una valoración, y emitirá su aprobación o negación para que se efectúe la aplicación de las técnicas de reproducción no natural.*

*Los solicitantes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida necesitan tener, como mínimo, 25 años de edad.*

*Art. 389-D Una vez otorgado el consentimiento informado de aquellos quienes consienten para ser padre o madre, y cumplidos los requisitos del consentimiento establecidos en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud y los de la Ley General de Salud; no podrá ser revocado una vez que se haya fertilizado el óvulo. Otorgado el consentimiento, surtirá efectos respecto a la filiación y generará los derechos del artículo 389 del presente Código Civil, en beneficio del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.*

*Art. 389-E Aquéllas personas, cónyuges o concubinarios, que no otorguen el consentimiento informado, podrán reconocer voluntariamente a los hijos o hijas producto de las técnicas de reproducción asistida.*

*Sin la manifestación expresa del consentimiento por ninguna de las personas del matrimonio o concubinato, no podrá efectuarse la aplicación de las técnicas de reproducción no natural.*

*El consentimiento se dará de manera libre e informada. No se aceptará como coacción, si el hombre o mujer alega que por presión moral o ética, debido a su esterilidad, consintió la aplicación de las técnicas de reproducción no natural.*

*Art.389-F El donador o donadora de células germinales, otorgará su consentimiento únicamente para que se pueda usar, disponer y transmitir los gametos germinales, a título gratuito; y así se asentará en el documento denominado por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, como 'Consentimiento Informado'. El consentimiento del donador o donadora de células germinales, jamás creará relación filial entre éste y el hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.*

*Las células germinales siempre serán transmitidas a título gratuito, ya sea que el donador o donadora de células germinales sea una persona física o moral.*

*Una vez otorgado el consentimiento por parte del donador o donadora de células germinales, para disponer y usar las células germinales, éste o ésta no podrá revocarlo; excepto cuando se haya convertido en estéril. Si el donador o donadora de células germinales se comprometió a entregar la célula o células germinales y no lo hace, y si el incumplimiento no se debe a la esterilidad o a causas naturales que le impidan cumplir, el donador o donadora de células germinales está obligado u obligada a pagar por daños y perjuicios a favor de la persona física o moral que las iba a recibir.*

*La identidad del o la donadora de células germinales será anónima para las personas que hagan uso de las técnicas de reproducción asistida; sólo se conocerá de él o ella, el historial clínico que exige el artículo 333 fracción VII de la Ley General de Salud; para que los donatarios de células germinales sepan las enfermedades futuras que puede sufrir el hijo o hija.*

*Art. 389-G El hombre que no haya otorgado su consentimiento, y por su cónyuge o concubina se le atribuya la paternidad del hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida, podrá impugnar la paternidad que se le atribuye, no así la maternidad de su esposa o concubina.*

*La paternidad y maternidad en las técnicas de reproducción asistida, se genera por el consentimiento expreso, el cual se otorga con la finalidad de tener un hijo o hija.*

*Art. 389-H Queda prohibido efectuar clonación que genere filiación.*

*Art. 389-I Por ninguna razón podrá admitirse la realización de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, cuando el futuro padre o la futura madre hayan fallecido; forzosamente se requiere esté viva la pareja, por lo menos hasta la fertilización del óvulo; para tal efecto el hombre y la mujer integrantes del matrimonio o concubinato están obligados a firmar un documento que certifique estaban presentes el día de la fertilización; en caso de estar ausente el Centro Autorizado no podrá, por ningún motivo, fertilizar el óvulo.*

*En los casos de la Inseminación y fecundación artificial homólogas, la maternidad asistida o subrogada, donde el marido es el donador de células germinales o la esposa es la donadora de células germinales y ha fallecido, los herederos no podrán reclamar las células germinales, éstas quedará donadas al Centro Autorizado en el que se encuentren.*

*Los Centros Autorizados deberán informar al Centro de Registro Nacional de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.*

*Art. 389-J Cuando se interponga una demanda de divorcio, el demandante deberá notificar esta situación al Centro Autorizado, quien ya no podrá fertilizar el óvulo si es que este acto no se ha efectuado. Una vez decretado el divorcio por sentencia judicial, y no efectuada la inseminación homóloga o la fecundación homóloga, se considera que el óvulo pertenece a la ahora ex – esposa, sin que pueda el antiguo cónyuge hacer uso de él, aunque haya habido consentimiento, pues éste queda anulado con la sentencia judicial que decreta el divorcio, lo mismo ocurre con la célula o células germinales proporcionadas por el ahora ex – cónyuge. En el caso de la inseminación artificial heteróloga, una vez decretado el divorcio por sentencia judicial y si aún no se fertiliza el óvulo, ya no se podrá fertilizar y los espermatozoides pertenecerán al Centro Autorizado en el que se encuentren.*

*Ahora bien tratándose de la maternidad asistida, la subrogada, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones (TET) o cualquier otra técnica de reproducción no natural que sea extracorpórea, si el óvulo ya se fertilizó o es un embrión, pero no ha sido implantado y hasta antes de la sentencia la mujer rehusa a que se le transfiera o implante, el óvulo fertilizado o el embrión, será del Centro Autorizado y podrá disponer de él para otra pareja.*

*Si hay desistimiento del divorcio, la pareja podrá continuar con las técnicas de reproducción asistida, siempre que presente al Centro Autorizado copia debidamente certificada, por el Juez del Tribunal, del acuerdo en que se acepta el desistimiento.*

*Art. 389-K Las personas que hayan hecho uso de las técnicas de reproducción asistida, no podrán abandonar el Centro Autorizado donde se les aplicó la técnica, sino hasta registrar al hijo o hija. De no hacerlo, el hijo o hija no podrá salir del Centro Autorizado. El registro será válido ya sea que lo realice uno o ambos padres.*

*El documento en que conste el consentimiento informado manifestado por la pareja, será suficiente para que alguno de ellos acuda al Registro Civil y establezca en el acta de nacimiento al hijo o hija como de ambos. Una vez hecho esto, el hijo o hija tendrá los derechos establecidos en el artículo 389 del presente ordenamiento.*

*Art. 389-L La inseminación y fecundación artificiales homólogas y heterólogas, la maternidad asistida o aceptada, la maternidad subrogada, la Transferencia intratubárica de gametos, la Transferencia Intratubárica de embriones y cualquier técnica de reproducción asistida, que sea lícita, deberá efectuarse por médico especializado que pertenezcan a los Centros Autorizados, inscritos al Centro de Registro Nacional.*

*El médico deberá contar con título y cédula profesional, para poder efectuar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida; además, deberá tener estudios de especialización en la técnica que aplique.*

*Los Centros Autorizados estarán obligados a capacitar y actualizar, por lo menos cada año, a los médicos que realicen la aplicación de las técnicas de reproducción no natural.*

## SECCIÓN SEGUNDA

### DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

*Art. 389-M Se presumen hijos o hijas de los cónyuges o concubenarios nacidos por medio de la Inseminación Artificial:*

- 1. Los nacidos dentro de matrimonio o concubinato, siempre que haya habido consentimiento expreso por ambas personas de la pareja.*

- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o concubinato. En el caso del matrimonio, ya provenga la disolución del mismo por nulidad o divorcio, siempre y cuando haya mediado consentimiento expreso por parte del marido. En el concubinato, cuando la disolución sea por acuerdo de la pareja y haya habido consentimiento expreso por ambas personas. Si la demandante no cumplió con la obligación de notificar al Centro Autorizado sobre la interposición de la demanda o el concubinario no comunicó sobre la conclusión del concubinato, las hijas e hijos, nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución, se consideran hijos de los cónyuges o concubinarios según sea el caso.
- III. Tratándose de la disolución del matrimonio o concubinato, por muerte del marido o concubinario, se considera hijo o hija de los cónyuges o concubinarios, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución; siempre y cuando se haya otorgado el consentimiento expreso y la inseminación artificial se haya efectuado cuando estaban vivos ambos miembros del matrimonio o concubinato.

Cuando únicamente haya consentimiento de uno de los cónyuges o concubinarios, el hijo o hija se le atribuirá al que consintió expresamente para ser padre o madre.

Art.389-N En la inseminación artificial homóloga, se presumirá que el padre, es aquél quien a la vez es el donador de los espermatozoides, quien ha consentido expresamente y estaba vivo cuando se efectuó la inseminación. En caso de no haber otorgado su consentimiento expreso, podrá reconocer al hijo o hija en cualquier tiempo. La madre será aquélla de la que se desprenda el producto de la concepción.

Art.389-Ñ En la inseminación artificial heteróloga, el padre será el marido o concubinario quien a su vez otorgó su consentimiento con la finalidad de tener un hijo o hija y estaba vivo al momento de efectuarse la inseminación.

La persona que transmite las células germinales, por ningún motivo se considerará el padre del hijo o hija, y tampoco podrá reclamar la paternidad del mismo. Sin embargo, si el hijo o hija es abandonado y por coincidencia el donador de células germinales desea adoptar al hijo o hija, podrá hacerlo y tendrá preferencia para celebrar dicho acto; y el Sistema de Registro Nacional podrá informarles a ambos del parentesco biológico que guardan.

*La madre será aquélla de la que se desprende el hijo o hija.*

*Queda prohibida la inseminación artificial, cuando el marido haya muerto.*

### SECCIÓN TERCERA DE LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

*Art.389-O. Se presumen hijos o hijas de los cónyuges o concubinaros, los nacidos por medio de la fecundación artificial, cuando medie consentimiento expreso y:*

- I. Nazcan dentro de matrimonio o concubinato;*
- II. Nazcan dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o concubinato, ya provenga esta por nulidad, divorcio o muerte del marido, tratándose del matrimonio, y en el caso del concubinato por acuerdo de la pareja o muerte de alguno de los concubinaros. Si los cónyuges o concubinaros no cumple con la obligación de notificar al Centro Autorizado sobre la interposición de la demanda o la conclusión del concubinato, las hijas e hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución, se considerarán hijos e hijas de los cónyuges o concubinaros.*
- III. Nazcan dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o concubinato, por muerte del marido o concubinario; en este caso se considera que el marido o concubinario es padre del hijo o hija, si la fecundación artificial se llevó a cabo cuando el marido o concubinario estaba vivo y éste otorgó su consentimiento de manera expresa.*

*La madre será, en este caso, aquélla de la cual se desprende el producto y otorga su consentimiento expreso con la finalidad de ser madre.*

*Art. 389-P En la fecundación artificial homóloga, el donador o donadora de células germinales se identifica con el marido o concubinario o con la esposa o con la concubina; estos se considerarán, padre o madre respectivamente siempre, y cuando medie consentimiento expreso y estén vivos al momento de la fecundación. En caso de no haber otorgado consentimiento, podrá reconocer al hijo o hija en cualquier momento.*

*Art. 389-Q Se considera padre, en la fecundación artificial heteróloga, al marido o concubinario que otorgó su consentimiento con la finalidad de tener*

*un hijo o hija y estaba vivo al momento de efectuarse la fecundación artificial, aunque todavía no se le haya implantado a la mujer el óvulo fecundado.*

*En la inseminación artificial heteróloga no se considera padre o madre a la persona que transmite las células germinales; su consentimiento sólo se da para transmitir los óvulos o espermatozoides. Cuando el hijo o hija producto de la fecundación artificial heteróloga, sea abandonado y por coincidencia el o la donadora de células germinales lo quisiera adoptar, podrá hacerlo y tendrá preferencia para dicho acto. En este caso el Sistema de Registro Nacional le comunicará al adoptante de la relación biológica que guarda con el hijo o hija.*

*No se efectuará la fecundación artificial heteróloga cuando el marido o concubinario haya muerto.*

*La madre será de la que se desprende el hijo o hija y otorga su consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.*

## **G. PROPUESTA DE REGULACIÓN PARA LA MATERNIDAD ASISTIDA O ACEPTADA Y LA SUBROGADA.**

### **SECCIÓN CUARTA**

#### **DE LA MATERNIDAD ASISTIDA Y DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

*Art. 389-R Los hijos o hijas nacidos por medio de la maternidad asistida, se presume son de los cónyuges o concubinarios que hayan otorgado el consentimiento expreso, con la finalidad de tener hijos o hijas y están vivos al momento de efectuarse la fertilización. La madre será aquella que otorga el consentimiento con la finalidad de serlo; en esta técnica no se considerará madre a la mujer de la cual se desprende el producto de la concepción.*

*La mujer que gesta al hijo o hija, lo hará a título gratuito. Sin embargo se le bonificará lo equivalente a lo que comprenden los alimentos, establecidos en el artículo 308 del presente ordenamiento<sup>28</sup>. Así mismo la pareja de*

<sup>28</sup> Esto lo establecemos así, porque resultaría injusto que por hacer un beneficio a una pareja, misma que la naturaleza no le ha dado la posibilidad de reproducirse, tenga que afrontar gastos que deba

cónyuges o concubenarios, deberá pagar los gastos extras que pudieran generarse por razón de la gestación.

*Art. 389-S La mujer que gesta al hijo o hija no podrá negarse, bajo ninguna circunstancia, a entregar al hijo o hija producto de las técnicas de la reproducción asistida. Si por culpa de la mujer que gesta, el hijo o hija llegará a morir, y no medie ninguna de las causales de excepción al aborto; además de la sanción penal a la que es acreedora, se le podrá solicitar el pago de daños y perjuicios.*

*Podrá hacerse un convenio por adelantado del compromiso de gestar, entre la mujer que albergará al hijo o hija de otra y la pareja que desea que se efectúe dicho acto. Pero si quien pone a disposición su vientre, se embaraza y no como resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, no estará obligada a cumplir y se liberará de cualquier perjuicio que pudiera causar, siempre que el embarazo ocurra dentro de los tres meses siguientes a la firma del convenio; si ocurre después éste término deberá pagar por daños y perjuicios a la pareja con la que tenía el convenio.*

*Art. 389-T. Se presumen padre y madre del hijo o hija producto de la maternidad subrogada, al hombre y mujer que otorgan su consentimiento con la finalidad de serlo.*

*Bajo ninguna razón se aceptará como madre a la mujer de la cual se desprende el hijo o hija producto de la maternidad subrogada. Tampoco se aceptará como madre a la donadora de células germinales, es decir, a la mujer que transmite el óvulo que es fertilizado.*

*Los consentimientos, tanto el de la mujer que gesta al hijo o hija como el de la donadora de células germinales, se entiende otorgados; en el primer caso, para aceptar gestar al hijo o hija y en el segundo para transmitir el óvulo; estos consentimientos no se entienden otorgados para generar relación filial y familiar con el hijo o hija.*

*En la maternidad subrogada, queda prohibido que las células germinales provengan de la misma persona que gestará al hijo o hija producto de las técnicas de reproducción asistida.*

---

*cubrir la asistente; si el hijo o hija pertenecerá a otras personas, que en condiciones hormonales tendría que afrontar esos gastos.*

*El donador de células germinales, no se considerará como padre del hijo o hija producto de la aplicación de la maternidad subrogada; éste otorga su consentimiento única y exclusivamente para que se disponga de sus espermatozoides, nunca con la finalidad de ser padre.*

*Art.389-U. Para efectuar la maternidad asistida y la subrogada, además de los requisitos establecidos en la Ley General de Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, se requiere que la pareja de cónyuges o concubenarios estén vivos, por lo menos, al momento de efectuarse la fertilización del óvulo.*

*Art. 389-W Una vez que nazca el hijo o hija, tanto en la maternidad asistida, como en la subrogada; la mujer asistente y los asistidos, pueden acordar un periodo de tres meses o hasta donde sea la voluntad de ambas partes y la naturaleza lo permita, para amamantar al hijo o hija con leche materna; o pueden pactar, entregarle a los asistidos la leche para el hijo o hija producto de estas técnicas de reproducción asistida. Estos actos podrán ser a título gratuito u oneroso, según la voluntad de las partes.*

#### **SECCIÓN QUINTA DE LA TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE EMBRIONES**

*Art. 389-X A la filiación de los hijos e hijas producto de la transferencia intratubárica de embriones, concebidos por fertilización extracorpórea, cuando se implante a la mujer que da el óvulo y los espermatozoides son del esposo o concubinario y quienes otorgaron su consentimiento con la finalidad de ser padre y madre respectivamente, se le aplicarán las reglas de la fecundación homóloga; y si las células germinales, ya sea una o ambas, pertenecen a terceros ajenos a la relación de la pareja, se aplicarán las reglas de la fecundación heteróloga.*

*Si el embrión proviene del óvulo de una mujer distinta a la que otorga su consentimiento con la finalidad de ser madre, y también es distinta a la que gesta al hijo o hija, se aplicarán las reglas de la maternidad subrogada. Ahora bien, si el embrión es producto de la fertilización del óvulo de una mujer que otorga su consentimiento con la finalidad de ser madre, para que lo geste otra, se aplicarán las reglas de la maternidad asistida.*

Ahora deberemos señalar algunos cambios a otras regulaciones, para que estén acordes con nuestra propuesta:

### CAMBIOS A LA LEY GENERAL DE SALUD

Es necesario modificar la fracción VI, y aumentar un VII del artículo 333:

Art. 333. Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

- VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea y las células germinales no será necesario este requisito.
- VII. *Deberá someterse a un análisis médico, del que se hará un historial clínico que indique las enfermedades que padece.*

### MODIFICACIONES AL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD

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

- I...
- II...
- III...
- IV...
- V...
- VI...
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento. *Esto no se podrá efectuar cuando se trate de la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción asistida, a menos que aún no se haya fertilizado el óvulo.*
- VIII. La seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad, *excepto en materia de filiación.*
- IX...

- X...  
XI...  
XII. *La advertencia de que en caso de que fallezca, si ya se hizo la extracción de células germinales, se entenderá la dona al Hospital, Clínica, Institución o Centro (público o privado) en el que se encuentren dichos gametos germinales, la donación se entiende hecha de manera tácita.*

## **H. PROPUESTA DE CREACIÓN DEL SISTEMA DE REGISTRO NACIONAL.**

*El Sistema de Registro Nacional (SRN), deberá ser creado con la finalidad de recabar y almacenar los datos filiales de los mexicanos y mexicanas; este Sistema de Registro Nacional facilitará la determinación y esclarecimiento de la filiación, entre otras cosas.*

*El Sistema de Registro Nacional estaría en contacto con: Las Clínicas, Institutos, Hospitales y Centros (públicos y privados) que cuenten con autorización para efectuar las pruebas prenupciales; y las Clínicas, Institutos, Hospitales y Centros (públicos y privados) que estén autorizados para llevar a cabo la aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida.*

*Las funciones del Sistema de Registro Nacional serían: organizar, poner en funcionamiento y custodiar un archivo de datos filiales; recibir y registrar información genética y filial de las hijas e hijos nacidos en Clínicas, Hospitales, Institutos, Centros (públicos y privados) que lleven a cabo la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida; crear una base de información con los datos que le son proporcionados sobre la filiación de los hijos e hijas; emitir dictámenes, cuando le sean requeridos por la autoridad judicial; proporcionar información de la filiación de los niños y niñas que vayan a salir del país; recibir información de las modificaciones a la filiación, por adopción y reconocimiento; tener al corriente la base del registro de Clínicas, Hospitales y Centros para efectuar las pruebas prenupciales.*

*Los Centros, Clínicas y Hospitales que efectúan las pruebas prenupciales, estaían obligadas a contar con los registros pertinentes. En caso de no contar con los Registros solicitados por la ley,, las pruebas prenupciales no serían válidas; si la pareja pagó por las pruebas, tendíaá derecho a la devolución de su dinero más el pago de daños y perjuicios. Los Jueces de los Registros Civiles, contarían con las listas de Clínicas, Hospitales y*

Centros que estén facultados para efectuar estas pruebas. Las listas aparecerían en una base de datos que el SRN pondría a disposición de los Jueces. Las listas serían actualizadas de manera inmediata, cuando el SRN recibieran la información.

Para evitar que se casaran hermanos o medios hermanos (producto de la Técnicas de Reproducción Asistida, las) Clínicas, Hospitales Centros e Instituciones tendrían que darse de alta en unas listas que se formarían y sólo las que aparezcan en esas listas estarían facultadas jurídicamente para efectuar los exámenes prenupciales y la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

El Sistema de Registro Nacional resultaría ser otra medida eficaz para evitar se cometa fraude a la ley fingiendo actos, como el decir que las transmisiones de células germinales son gratuitas, cuando en realidad son onerosas; pues el SRN serviría de prevención para evitar irregularidades en las Clínicas que se dedican a realizar la aplicación de técnicas de reproducción asistida, que se anuncian en internet o en otros medios y las cuales efectúan actos que son contrarios a la ley (como la venta y compra de óvulos y semen). Otro de los beneficios que se proporcionarían con el registro de las Clínicas, Hospitales, Institutos o Centros, es que todas las Clínicas que pretendieran brindar estos servicios, estarían legalmente establecidas y cumplirían con los requisitos establecidos en la ley (en cuanto a pago de impuestos, y sobre todo condiciones salubres, para garantizar el mejor funcionamiento de las mismas).

El SRN (Sistema de Registro Nacional) estaría facultado para recibir la información de los Centros Autorizados (aquéllos que sean aprobados por la autoridad competente para efectuar la aplicación de las técnicas de reproducción no natural), sobre los nacimientos que se produjeran. Tendría que registrarse el nombre del hijo o hija producto de la aplicación de la técnica de reproducción asistida; el nombre de los ahora padres y el nombre del "donador de células germinales". La información sería totalmente confidencial e inviolable; quien la violase sería acreedor a una sanción penal.

Sería difícil e incluso imposible lograr que todas las personas quienes tuvieran a sus hijos por medio de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pudieran quedar en el Sistema de Registro Nacional, si se les permitiera abandonar el hospital de manera inmediata o que acudieran a registrar a su hijo o hija; muchos de ellos no especificarían que el hijo o hija es producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pues sería tanto como manifestar que sufren de esterilidad; o en el caso de establecerse en la constancia de alumbramiento que el hijo o hija es producto

de las técnicas de reproducción asistida, la persona quien presenta al hijo o hija como suya no podría informar quien fue el "donador de células germinales"; y si se estableciera en la constancia de alumbramiento, el nombre del "donador de células germinales" dejaría de ser anónimo. Por lo tanto resulta necesario que en cada Centro, Hospital, Clínica e Instituto haya un Registro Público o por lo menos uno cerca, para que el Hospital rindiera un informe sobre datos que hemos mencionado.

*En el acta de nacimiento no se asentaría ninguna distinción, señalando que el hijo o hija es producto de las técnicas de reproducción no natural.*

*El Juez del Registro Civil asentaría los datos correspondientes en el acta de nacimiento y una vez que exista ésta, el Centro, Clínica, Hospital e Instituto, informará al SRN del nacimiento del hijo o hija producto de la aplicación de una técnica de reproducción asistida. Ya con el acta de nacimiento, señalaría el nombre de la hija o del hijo, el de los padres (según el acta de nacimiento), y el del o la "donadora de células germinales"; los datos se almacenarían tomando la Clave Única de Registro de Población (CURP) que se deberá asignar desde que se registra al hijo o hija.*

*Debemos recordar que el 23 de octubre de 1996 apareció en el Diario Oficial de la Federación un "Acuerdo para la adopción y uso por la Administración Pública Federal de la Clave Única de Registro de Población". En el considerando, en los apartados 3 y 4, se expresan las razones por las cuales se establece la CURP:*

*"Que las dependencias y entidades de la administración pública federal, en cumplimiento de las atribuciones que les confiere la ley llevan diversos registros de personas y que en la asignación de las claves necesarias para el ejercicio de derechos se utilizan en gran parte de los mismos datos, pero se aplican métodos muy diferentes de integración, lo que origina que los particulares cuenten con números distintos según el trámite o servicio que solicitan.*

*Que por razones de economía, celeridad, eficacia y modernización administrativa, reasigne una clave única, personal e irrepitable, que constituya una respuesta del Gobierno de la República para garantizar los diversos trámites que efectúen los ciudadanos, haciendo posible la reducción de tiempos en la prestación de servicios y el ejercicio de derechos."<sup>29</sup>*

---

<sup>29</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel y MANSILLA Y MEJÍA, María Elena. "Manual práctico para el extranjero en México". Ed. Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V. Cuarta edición. 1998. Pág. 102 y 103.

*En el considerando, el párrafo segundo establece la razón por la cual la CURP se erige como un "elemento indispensable":*

*Es por esto que retomamos un elemento que ha sido creado por razones de economía, la CURP. Ésta jugaría un papel sumamente importante en el SRN, para poder prevenir se casen hermanos o medios hermanos posteriormente.*

*Una vez que existiera el acta de nacimiento del hijo o hija, con su CURP ya asignada, el Centro Autorizado informaría esta situación. El SRN guardaría la información. El papel del SRN será de vital importancia, pues solamente él almacenaría esta información; nadie tendrá acceso, solamente las Clínicas que estuvieran establecidas conforme a Derecho, y tuvieran los registros ordenados por la ley.*

*Estas Clínicas, Centros Hospitales e Institutos, que se dedicaran a hacer los exámenes prenupciales que se requieren para comprobar el estado de salud de las personas y su compatibilidad genética, estarían obligados a consultar la base de datos del SRN, al cual tendrían acceso directo; esto lo harían usando la CURP de las parejas que se presentan para que se les efectúen los exámenes; de esta manera las Clínicas, Centros, Hospitales e Institutos Autorizados sabrían si las personas quienes integran la pareja fueron habidos por medio de las técnicas de reproducción no natural y si guardan algún parentesco biológico. De haberlo tendrían que emitir un dictamen donde informen sobre la imposibilidad de contraer matrimonio, como ocurriría si el problema fuera de incompatibilidad de sangres; los jueces de los Registros Civiles tendrían que hacer suyo el dictamen, negándose a casar a la pareja. La Clínica, Centro Hospital o Institución, por lo que se refiere a la pareja, sólo se le advertirá de los peligros en cuanto a su descendencia si llegaran a procrear, pero nunca se les revelará que son producto de la aplicación de una técnica de reproducción asistida.*

*Ahora bien, si alguna persona de la Clínica o del SRN da información sobre los datos a los que tiene acceso, incurrirá en delito, mismo que aparecería en el Título Noveno, Capítulo Único cuya denominación es, "Revelación de Secretos"; sólo que se agravaría la pena, así como el tiempo de la destitución del cargo o la suspensión; se deberá imponer una pena alta por la delicadeza de la situación. Se aumentaría la pena si la persona pide o recibe dinero a cambio de la revelación del secreto.*

*Si quien revela el secreto es el Juez del Registro Civil, sería destituido de su cargo y sancionado penalmente; esto podría anexarse dentro de los "Delitos cometidos por Servidores Públicos" (Título décimo del Código Penal para el Distrito Federal). Creemos que el lugar adecuado es el Capítulo II en el*

*apartado de: "Ejercicio Indebido de Servicio Público"; se establecería como una fracción más; la pena sería mayor porque se estaría ante una situación, que aunque se retracte y castigue al Juez Civil, el bien jurídico tutelado no podría restituirse.*

*El SRN tendría y garantizaría el cuidado, pues los datos de los hijos e hijas producto de la aplicación de las TRA sólo serían accesibles a los Centros, Clínicas, Hospitales o Institutos que hicieran las pruebas prenupciales; nadie más tendría la posibilidad de consultarlos. La información sería de carácter secreto.*

*Además el SRN no solo sería usado para las técnicas de reproducción asistida, pues con una base de datos completa podríamos tener un mejor sistema contra la delincuencia, los Ministerios Público podrían consultar al SRN, para investigar los casos de personas desaparecidas. El SRN, contaría con el registro de huellas digitales facilitando la búsqueda. Otra utilidad que tendría sería que los Jueces del Registro Civil, antes de proceder al registro de un hijo o hija, podrían cerciorarse en el SRN, que el individuo presentado no ha sido registrado antes, esto lo harían buscando por las huellas digitales de la persona que se pretende registrar.*

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** En nuestra legislación, la regulación de la reproducción humana asistida aparece por primera vez en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicada en Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1987.

**SEGUNDA.** El Código Civil debe regular de manera específica cada una de las técnicas de reproducción humana asistida, que se emplean en el Distrito Federal.

**TERCERA.** El Código Civil crea confusión al regular conjuntamente la filiación resultante de la reproducción asistida y la que surge de la natural, por lo que debiera hacerlo separadamente. El legislador incurre en el error de dejar totalmente sin efecto el principio tradicional de que "la madre siempre es cierta" tratándose de reproducción natural, pues con ello resta valor al parto, hecho jurídico generador de la filiación entre la madre y el producto.

**CUARTA.** El Código Civil vigente admite a la voluntad como fuente de filiación, pero omite ofrecer un tratamiento distinto a la emitida por el hombre y la mujer que pretenden ser padre y madre, respectivamente; la otorgada por los tradens, cuyo fin es transmitir a título gratuito las células germinales (óvulo o espermatozoides, según) y la procedente de la asistente, que tiene como propósito prestar el vientre para la gestación.

**QUINTA.** En virtud de los compromisos internacionales contraídos y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política Federal, en nuestro país no es admisible la práctica de la clonación, la cual, por otra parte, debe ser rechazada por que degrada la dignidad humana.

**SEXTA.** Conforme al principio que inspira a la legislación nacional, en el sentido de que se debe "proteger al hijo o hija producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y dar prioridad a los intereses de hijos e hijas", no se debiera permitir su práctica a las personas que no vivan en concubinato o no hayan contraído matrimonio.

**SÉPTIMA.** De manera análoga a como lo hace la fracción III del artículo 390 del Código Civil tratándose de la adopción, en el caso de la reproducción asistida debiera establecerse como requisito que quien pretenda recurrir a ella para convertirse en padre o madre, demuestre que "es persona apta y

adecuada" al respecto. La demostración aludida debería incluir un examen psicológico muy completo.

**OCTAVA.** A fin de mantener la estabilidad emocional de los hijos e hijas habidos mediante reproducción asistida y la tranquilidad de sus padres legales, debe establecerse en toda la legislación relativa, la obligatoria conservación del anonimato de los donadores de células germinales.

**NOVENA.** La vida, aún en su etapa inicial, es digna de toda protección; por ello debe consagrarse legalmente la obligación de ofrecer el máximo resguardo a los embriones afectos a empleo en técnicas de reproducción asistida.

**DÉCIMA.** Debe establecerse un control absoluto que permita garantizar a quienes recurren a técnicas de reproducción asistida para tener hijos e hijas, que las instituciones que los atienden poseen la idoneidad técnica necesaria y satisfacen los demás requisitos que exija la ley, a fin de evitar que caigan en manos de establecimientos clandestinos e imprevistos.

**DÉCIMA PRIMERA.** Resulta necesaria la creación del que podría llamarse Sistema de Registro Nacional, encargado, entre otras cosas, de llevar un registro de todos los niños y niñas que hubieren nacido mediante técnicas de reproducción asistida, para que de ser preciso, se puedan conocer los antecedentes biológicos de dichos infantes, particularmente con el fin de evitar matrimonios incestuosos. La información de los Centros, Clínicas, Instituciones y Hospitales, estaría sujeta a la más estricta secrecía y sólo se proporcionaría mediando disposición judicial u orden de otra autoridad competente para ello.

**DÉCIMA SEGUNDA.** Debe sancionarse civil y penalmente a la persona que sin estar autorizada legalmente para hacerlo, revele el origen biológico de quienes fueron procreados mediante técnicas de reproducción asistida o lo hagan sin que medie solicitud de parte legitimada para solicitar la información relativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, C.R. y SHORT, R.V. "Células germinales y fertilización". Volumen I. Ediciones científicas La prensa médica mexicana, S.A. Primera edición. México. 1982.
- AUTORES VARIOS. "II CONGRESO MUNDIAL VASCO. CONGRESO DE FILIACIÓN. FILIACIÓN A FINALES DEL SIGLO XX. PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LOS AVANCES CIENTÍFICOS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN HUMANA". Edita Servicio Central de publicaciones del gobierno Vasco. Vitoria Gasteiz. España. 1988.
- BARROSO FIGUEROA, José. "Clonación". Trabajo sobre clonación, facilitado por dicho profesor.
- BECERRA BAUTISTA, José. "Introducción al estudio del derecho procesal civil". Ed. Jus. México. 1957.
- BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría general de las obligaciones". Tomo primero. Ed. Porrúa, S.A. México. 1953.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las garantías individuales". Ed. Porrúa, S.A. 27ª. Edición. México. 1995.
- CERVANTES DE SALAZAR, Francisco. "México en 1554". Ed. Porrúa, S.A. México. 1992.
- CHIRINO CASTILLO, Joel. "Derecho civil III. Contratos civiles". Primera edición. México. 1986.
- CICU, Antonio. "La filiación". Ed. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, España. 1930.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. "Curso elemental de derecho civil español". Tomo sexto (derecho de familia). Ed. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, España. 1920.
- DOLTO, Françoise. "La causa de los adolescentes". Ed. Seix Barral. Primera edición. Barcelona, España. 1990.

- FLORES BARROETA, Benjamín. "Lecciones de primer curso de derecho civil". Ed. Universidad Iberoamericana. México, D.F. 1965.
- GAFO, Javier (editor), varios autores. "Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho". Edita Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid (UPCM). Madrid, España. 1986.
- GARCÍA MORIYÓN, Félix. "Derechos humanos y educación". Ediciones de la Torre. Madrid, España. 1999.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de la obligaciones". Ed. Porrúa, S.A. Décima edición. México. 1995.
- \_\_\_\_\_ "Derecho Sucesorio Intervivos y Mortis causa". Ed. Porrúa, S.A. 2ª. Edición. México. 1997.
- HIGASHIDA HIROSE, Bertha Yoshiko. "Ciencias de la salud". Ed. McGraw-Hill. Segunda edición. México. 1991.
- HUXLEY, Aldous. "Un mundo feliz". Ed. Diana, S.A. 13ª. Edición. México. 1981.
- KIPER, Jorge. "La justicia en la sociedad que se avecina". Tomo I La fecundación asistida. Editorial Losada. Primera edición. Argentina. España.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. "Derecho de familia". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1984.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel. "Estudios sobre el código civil del Distrito Federal". Tomo I (Tratado de obligaciones y contratos). Editorial. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. 1992.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. "Teoría de las obligaciones". Ed. Porrúa, S.A. Sexta edición. México. 1999.
- MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de familia". Editorial Porrúa, S.A. 1ª. Edición. México. 1984.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. "La filiación en España" (Jurisprudencia y doctrina). Ed. Comares. Granada, España. 1993.

- PACHECO E., Alberto. "La familia en el derecho civil mexicano". Panorama editorial, S.A. Segunda edición. México. 1985.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "Contratos civiles". Ed. Porrúa, S.A. Tercera edición. México. 1995.
- PLANIOL, Marcel. "Tratado elemental de derecho civil". Harla. 1993.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús (compilador). "Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA". Tomo II. Edita la Comisión de derechos humanos. México. 1998.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho civil Mexicano". Tomo segundo (Derecho de familia). Volumen II. Ed. Antigua Librería Robredo de José Porrúa e hijos. México. 1962.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo. "Medicina legal elemental de ciencias forenses". Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1992.
- SALVAT. "El nacimiento de un niño". Salvat editores. Barcelona, España. 1974.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "De los contratos civiles". Ed. Porrúa, S.A. Decimoséptima edición. México. 1998.
- TAMARIN H, Robert. "Principios de genética". Ed. Reveñe. México. 1996.
- VAZQUEZ, Rodolfo (compilador). "Bioética y derecho". Ed. Fondo de Cultura Económica. Primera edición. México. 1999.
- VERRUNO, Luis y HAAS, J.C., Emilio. "Manual para la investigación de la filiación". Actualización Médico-Legal. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. 1985.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. "Las nuevas formas de reproducción humana". Ed. Civitas, S.A. Madrid, España. 1988.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. "Contratos civiles". Ed. Porrúa, S.A. Séptima edición. México. 1999.

## **HEMEROGRAFÍA**

- "GACETA UNAM". Número 3095. México. 17 de abril de 1997.
- "GLAMOUR MÉXICO". México. Marzo 2000. Pág. 108 – 111.
- "LE MONDE DIPLOMATIQUE". No. 36. Año 3. Julio 20 – Agosto 20 de 2000. Pág. 1.
- "REVISTA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA". No. 48. Publicación trimestral del Ministerio de Justicia. Venezuela. Año XIII-Enero-Febrero-Marzo de 1964. Pág. 379 – 403.
- "REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE DURANGO". Núms. 20-21. México. Octubre 1985-Marzo 1986. Pág. 37 – 57.
- "REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID". Núms. 31-32. Madrid, España. Vol. XII 1968. Pág. 139 – 157.
- "BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES". No. 3. Argentina. Año XIV – Julio – Septiembre de 1950. Pág. 403 – 453.

## **DICCIONARIOS**

- DE PINA, Rafael. "Diccionario de derecho". Editorial Porrúa. 1ª. Edición. México. 1965.
- DIAZ BARREIRO, Juan Manuel. "Antología Diccionario de Derecho Penal Mexicano". Edita el Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1ª edición. México. 1987.
- "Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina Dorland". Volumen 1 A-LL. Ed. Interamericana McGraw-Hill. Madrid, España. 1992.

- “Enciclopedia Jurídica OMEBA”. Tomo XII (PENI-PRES). Editorial Libros Científicos. Argentina. 1991.

## **LEGISLACIÓN**

- “Agenda Penal del Distrito Federal”. Ediciones Fiscales ISEF, S. A. México. 2001.
- “Código Civil para el Distrito Federal”. Editorial Sista S.A. de C.V México. 2000.
- “Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California”. Imprenta de Francisco Díaz de León. México. 1884.
- “Legislación Civil Federal y del Distrito Federal”. Editorial Napoleónica, S.A. de C.V. México. 1998.
- “Ley General de Salud”. Tomo I. Ed. Porrúa, S.A. México. 2000.
- “Reglamento de La Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud”. Tomo I de la Ley General de Salud Ed. Porrúa, S.A. México, 2000
- PALLARES, Eduardo. “Ley sobre relaciones familiares concordada y aumentada”. Librería de la viuda Ch. Bouret. París México. 1923
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y MANSILLA Y MEJÍA, María Elena. “Manual práctico del extranjero en México”. Ed. Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V. México. 1998.
- RABASA, Emilio O. Y CABALLERO, Gloria. “Mexicano: ésta es tu constitución”. Miguel Angel Porrúa, grupo editorial. Primera reimpresión. 1996.

## **PÁGINAS DE INTERNET**

- <http://www.clinicassanjavier.com.mx/fertilidad>

- <http://www.etsetb.upc.es/assignatures/tis/clonacion.htm>
- <http://www.imer.guadalajara.net/html/presenta.html>
- <http://www.ivi.es>
- <http://www.reproduccion.com.mx>
- <http://www.reproducción.com.mx/banco.html#banco>
- <http://www.reproduccion.com.mx/gift.html>
- <http://www.reproduccion.com.mx/links.html>
- <http://www.reproduccion.com.mx/servicio.html>
- <http://www.tercera.cl/diario/1997/11/26/35.html>
- <http://www.colegio.com.uy/papis/art006.html>