

20721  
20



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS  
PROFESIONALES "ACATLAN"

**"LA NECESIDAD DE REGULAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL  
VIGENTE, LOS MEDIOS IDÓNEOS PARA PROBAR  
LA MATERNIDAD DE UN HIJO CONCEBIDO POR  
INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, CUANDO LA  
MATERNIDAD ES SUBROGADA"**

**T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
CÉSAR ARRIETA CABRERA**

ASESOR. LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA

ENERO 2003.



A



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.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas  
UNAM a difundir en formato electrónico el  
contenido de mi trabajo con

NOMBRE: César A. DÍAZ

Ciencias

FECHA: 9/10/2013

FIRMA: [Signature]

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

**ESCUELA DE ESTUDIOS PROFESIONALES AGATLÁN.**

**DIVISION DE CIENCIAS JURÍDICAS.**

**TEMA: " LA NECESIDAD DE REGULAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE , LOS MEDIOS PARA PROBAR LA MATERNIDAD DE UN HIJO CONCEBIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, CUANDO LA MATERNIDAD ES SUBROGADA ".**

**POSTULANTE: CESAR ARRIETA CABRERA.**

**ASESOR: LIC. ISIDRO MALDENADO RIVERA.**

**Nº DE CUENTA: 1801120**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

*"El conocimiento no viene al hombre  
de fuera, es un esfuerzo  
del alma por adueñarse  
de la verdad".*

**PLATON.**

TRCIS CON  
FALLA DE ORIGEN

DEDICATORIA

*A mi padres,  
que gracias a ellos  
cumplí mi sueño y  
gracias a su esfuerzo y sacrificio  
me han permitido  
terminar una carrera.*

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

*Enero del 2003.*

*“ A la Universidad Nacional Autónoma de México,  
que me permitió formar parte de su generación y por  
haberme dado la oportunidad  
de desarrollar una carrera y me siento orgulloso  
de poder representarla ante la sociedad,  
con la dignidad que se merece esta institución “.*

*“ Por mi raza, hablará el espíritu “*

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

***“ Al personal académico de la  
Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán,  
por haberme ofrecido sus conocimientos “.***

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**PRIMERA PARTE.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**DEDICATORIA.**

**INDICE TEMATICO.**

**INTRODUCCIÓN..... 12**

**CAPÍTULO I.**

**DERECHO DE FAMILIA.**

**1.1 Concepto..... 15**

**1.2 Fuentes del Derecho de Familia.....16**

**1.3 Ubicación Jurídica del Derecho de familia dentro de la sistemática jurídica.....18**

**1.3.1 El Derecho de Familia es parte del Derecho Privado.....19**

**1.3.2 El Derecho de Familia es Autónomo..... 19**

**1.3.3 El Derecho de Familia dentro del privado, pero como Derecho especial..... 23**

**1.3.4 El Derecho de Familia dentro del Derecho Social..... 23**

**1.3.5 Conclusiones.....23**

**1.4 Constitución de la Familia..... 24**

**1.5 Disolución de la Familia..... 26**

**1.6 Instituciones del Derecho de Familia..... 27**

**CAPÍTULO II.**  
**EL MATRIMONIO.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

<b>2.1 Evolución Histórica.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1.1 Primitiva promiscuidad.....</b>	<b>28</b>
<b>2.1.2 Matrimonio por grupos.....</b>	<b>29</b>
<b>2.1.3 Matrimonio por rapto.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1.4 Matrimonio por compra.....</b>	<b>31</b>
<b>2.1.5 Matrimonio por consentimiento.....</b>	<b>32</b>
<b>2.1.6 Matrimonio en el Derecho Romano.....</b>	<b>33</b>
<b>2.1.7 Matrimonio Canónico.....</b>	<b>37</b>
<b>2.1.7.1 Conceptos de Derecho Religioso.....</b>	<b>40</b>
<b>2.1.8 Matrimonio Civil Solemne.....</b>	<b>41</b>
<b>2.1.9 Matrimonio Consensual Moderno.....</b>	<b>42</b>
<b>2.2 Concepto de Matrimonio .....</b>	<b>43</b>
<b>2.3 Naturaleza Jurídica .....</b>	<b>47</b>
<b>2.3.1 Acto Jurídico Complejo.....</b>	<b>47</b>
<b>2.3.2 Contrato.....</b>	<b>48</b>
<b>2.3.3 Estado Civil.....</b>	<b>51</b>
<b>2.3.4 Institución Jurídica.....</b>	<b>51</b>
<b>2.4 Constitución del Matrimonio.....</b>	<b>53</b>
<b>2.4.1 Elementos que deben constituir el Matrimonio.....</b>	<b>54</b>
<b>2.5 Consecuencias Jurídicas en el Matrimonio.....</b>	<b>72</b>

2.5.1 En persona de los cónyuges..... 72

2.5.2 En bienes de los cónyuges..... 78

2.5.2.1 Donaciones Antenupciales.....79

2.5.2.2 Regímenes patrimoniales.....81

2.5.2.2 Clases de regímenes patrimoniales.....83

2.5.3 En persona de los hijos.....90

2.6 Disolución del matrimonio.....90

**CAPÍTULO III.**

**FILIACIÓN.**

3.1 Consideraciones Generales.....128

3.2 Concepto de Filiación Matrimonial y Extramatrimonial.....129

3.3 Clases de Filiación.....130

3.4 Consecuencias Jurídicas en la Filiación Matrimonial y Extramatrimonial.....130

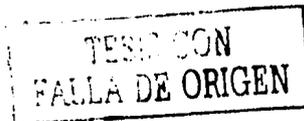
3.5 Pruebas en la Filiación Matrimonial y Extramatrimonial.....138

3.6 Características de la Filiación Extramatrimonial.....147

3.7 Acciones de Reconocimiento.....148

3.8 Acciones para la contradicción y desconocimiento de la paternidad e impugnación de la maternidad en la Filiación Matrimonial.....150

3.9 Investigación de la paternidad y maternidad en la filiación Extramatrimonial161


 TESIS CON  
 FALLA DE ORIGEN

## CAPÍTULO IV.

LA NECESIDAD DE REGULAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE, LOS MEDIOS PARA PROBAR LA MATERNIDAD DE UN HIJO CONCEBIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, CUANDO LA MATERNIDAD ES SUBROGADA.

4.1 Antecedentes de la Inseminación Artificial.....	163
4.1.1 Primeros países que regulan la Inseminación Artificial.....	172
4.2 Concepto de Inseminación Artificial.....	183
4.3 Clases de Fecundación Asistida.....	184
4.4 Inseminación entre los esposos.....	190
4.4.1 Consecuencias Jurídicas de la Inseminación entre los esposos .....	192
4.4.2 Inseminación Artificial llevada a cabo después de la disolución del matrimonio.....	197
4.4.3 Inseminación en caso de separación o divorcio.....	197
4.4.4 Inseminación post-mortem.....	198
4.4.4.1 Antecedentes de leyes regulatorias de la Inseminación Post-Mortem.....	199
4.4.4.2 Consecuencias Jurídicas en relación a los hijos.....	201
4.5. Inseminación de un donante anónimo.....	202
4.5.1 Antecedentes de leyes regulatorias de la Inseminación de un donante anónimo.....	204
4.5.2 Inseminación de un donante anónimo con consentimiento del marido.....	209
4.6 Situación Legal del aportador del semen.....	213
4.7 Situación Legal de la Madre Sustituta.....	224
4.7.1 Antecedentes de la Maternidad Subrogada.....	225
4.7.2 Países que han regulado la maternidad subrogada.....	229

**4.7.3 Concepto de maternidad subrogada.....239**

**4.8 Consideración para la regulación en la Legislación Civil Vigente, los medios para probar la maternidad de un hijo concebido por inseminación artificial, cuando la maternidad es subrogada.....240**

**4.8.1 Propuesta de reforma en el Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a la maternidad subrogada.....243**

**4.8.2 Contrato que debe regular la maternidad subrogada.....246**

**4.8.3 Conclusiones.....258**

**INDICE BIBLIOGRÁFICO.**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

### **Introducción.**

El Derecho tiene entre otros fines, el de establecer un orden social en donde cada persona pueda desarrollar sus potencialidades, pero siempre dentro de un marco ético, el derecho como ciencia normativa tiene un deber ser, en el que pretende regular situaciones de hecho, que traen consecuencias jurídicas para lograr el bienestar de la sociedad.

El hombre tiene derecho a fundar una familia, ya que es consecuencia de un derecho para el libre desarrollo de su personalidad, ya que la procreación es un derecho del individuo para transmitir la vida, el cual requiere de la participación de un hombre y de una mujer para poder realizarlo.

El origen de la familia encuentra su satisfacción en su instinto de reproducción, pero a través del tiempo ha ido evolucionando la familia el cual ha sufrido modificaciones en relación a sus fines, es por eso que el Estado no ha permanecido indiferente, ya que reconoce en la familia un interés social, que debe cumplir con las funciones básicas de educación y formación del hombre y la familia es la institución ideal para cumplir con ese fin.

El Derecho busca en la familia, disciplinar las facetas de la vida humana, y deberá regular sus diversos aspectos, que es la unión permanente del hombre y la mujer, reconocida esa calidad, tendrá consecuencias para el Derecho ( matrimonio ) y en algunos ordenamientos , el concubinato, los efectos de la generación ( filiación ), resultante o no del matrimonio y del concubinato, los efectos de la generación ( filiación ), resultante o no del matrimonio y del concubinato, el vínculo artificial equivalente a la filiación ( adopción).

La familia es una institución formada por el matrimonio, ya que esta vincula a todos sus integrantes, que la conforman que son los cónyuges, ascendientes, descendientes y estos mismos deben de reunirse bajo principios de armonía, respeto, obediencia y afecto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida.

La esterilidad en la pareja, constituye un problema psicológico, moral y social para quienes la padecen, porque no tener descendencia propia es una aspiración innata en el ser humano, la sociedad espera que cada nueva pareja inicie una familia distinta de aquella de la que provinieron, estar impedida para cumplir esa aspiración genera inquietud, frustración y en algunos casos la infidelidad de la pareja.

En muchas parejas, la falta de hijos significa un importante obstáculo para su realización como personas y como matrimonio, por eso la comunidad de vida es un gran apoyo para la realización de la comunidad de amor entre los esposos.

Las naciones tecnológicamente más avanzadas están actualmente llenas de nuevas formas familiares: matrimonios homosexuales, matrimonios de lesbianas , grupos de personas de edad que se reúnen para compartir gastos, agrupaciones de minorías étnicas o matrimonios en los que uno y otro cónyuge viven y trabajan en lugares diferentes.

El género humano sigue formulándose multitud de preguntas sobre la evolución de la humanidad y cual es el destino último de las cosas y de la humanidad, es por eso que el desarrollo de la tecnología trajo consigo diversos cambios para la procreación de la especie, es por eso que la inseminación artificial trajo consigo la posibilidad de remediar un mal y afianzar al género humano con el deseo de descubrir el origen de la vida individual, así como el de superar el fin de la existencia humana por su perpetuación.

Los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología nos colocan antes hechos que se proyectan a lo jurídico, que tienen que ser iluminados por lo moral, los avances técnicos en materia de inseminación y de fecundación artificial han creado situaciones de repugnancia, ya que este tipo de operaciones terapéuticas, es llevada al extremo de tratar de mejorar la raza a través de la manipulación genética.

Las técnicas de reproducción asistida se van superando por sí mismas cada vez en menos tiempo, es por eso que queremos realizar un análisis exhaustivo para aquellos eventos que se lleguen a presentar en relación a la filiación de las personas y la forma en que se deberán de resolver, para evitar conflictos entre los miembros de la familia o aquellas personas que pudieran resultar perjudicadas.

Al popularizarse la inseminación artificial y la posibilidad de congelar células germinales masculinas para su uso posterior, las presunciones del derecho tradicional se tornaron obsoletas, para procrear ya no es necesario el "contacto carnal" cuya prueba exigen los viejos códigos civiles para reputar cierta la paternidad.

El ser humano sigue siendo producto directo o indirecto de la fusión de las células sexuales masculinas y femeninas, de la fertilización del óvulo por el espermatozoide sea intra o extracorporalmente.

La novedad radica en haber disociado el proceso procreativo del acto sexual de la pareja, fecundando células germinales fuera del cuerpo femenino; se pretende ahora prescindir del vientre materno para el desarrollo del embrión humano concebido en el laboratorio hasta su nacimiento.

La nueva tecnología amplía un campo para ayudar a las parejas a resolver problemas que afectan su productividad, al temor de transmitir defectos físicos, enfermedades de origen genético como la hemofilia, el idiotismo o el Tay Sachs común entre los cónyuges de origen judío, que es una tendencia de los judíos a no mezclarse con otras razas y grupos étnicos, que buscan alternativas para procrear sin riesgos, por eso recurren a la biomedicina, cada vez con mayores probabilidades de éxito.

La institución que ha resultado notablemente afectada con los avances de la tecnología de la procreación ha sido la adopción, creada con el doble propósito social de aliviar el problema de los niños abandonados por sus progenitores y contribuir a que una pareja estéril integre una familia, las alternativas que hoy ofrece la ciencia para remediar los problemas de esterilidad con crecientes posibilidades de éxito, ha contribuido en decremento de la adopción.

La fecundación Artificial a realizarse en el matrimonio hay que distinguir si existe la posibilidad de obtener la generación por vía normal, aunque sea con grandes dificultades, entonces la inseminación artificial es siempre inmoral, pero puede darse el caso de que uno de los cónyuges que después de haber experimentado todos los remedios quirúrgicos no logra ser una persona capaz para poder procrear, a causa de una disfunción de orden traumático sobrevinida después de haber contraído el matrimonio, entonces se podrá realizar la fecundación artificial homóloga, con tal de que haya un acto conyugal que exprese el amor entre las dos personas, aunque no se den todos los componentes de una relación normal, por lo que se necesita recurrir a ciertos artificios que ayuden a sustituir a lo que exige la naturaleza de la persona humana.

Respecto de las nuevas formas de procrear hay dos maneras en las que se puede realizar este procedimiento, ya sea que el propio marido aporte el semen o en su caso que sea un donante, respecto de este último aun cuando se realice con el consentimiento del marido, atenta contra la unidad del matrimonio, el cual viola las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos, que insta el matrimonio.

Cuando se realice la inseminación y el aportador del semen es un donante debe de estar convenida por los cónyuges, ya que cuando no exista consentimiento del cónyuge, se esta creando una situación de inestabilidad matrimonial, ya que la confianza que debe de existir entre los cónyuges , es la base para un desarrollo del matrimonio. por eso cuando una mujer desee inseminarse primeramente debe de existir el consentimiento del esposo y el deseo de tener el hijo y que tenga la incapacidad para procrear para que de esta manera puedan solicitar, que el semen sea aportado por un donante y de esta manera, buscar la procreación de la especie y buscar la integridad del matrimonio.

*El último fenómeno que se ha suscitado dentro del campo de la biología es el estudio del "alquiler de útero", que se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral que existe en cada época.*

Por eso la " Maternidad Subrogada ", representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la paternidad responsable, ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres, instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

Es de suma importancia el estudio de esta figura jurídica " Maternidad Subrogada ", ya que se debe determinar la maternidad del hijo que se procrea y los casos que debe prever la ley para investigar la maternidad de la madre que gesta y la naturaleza del convenio que se deberá celebrar para llevar el encargo para que la mujer sustituta procrea al menor y posteriormente entregue el hijo, a la pareja solicitante.

**CAPITULO I.**

**DERECHO DE FAMILIA.**

**1.1 Concepto.**

La palabra Familia, procede de la voz " Familia ", por derivación de " Famulus ", que a su vez procede de la palabra " Famel ", que significa siervo.

La familia es un conjunto de personas ( parientes ), que proceden de un progenitor o tronco común, que establece vínculos entre sus diversos componentes de diverso orden e identidad, a los que el derecho objetivo atribuye el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos de naturaleza especial.

Esta relación conyugal, paterno filial y de parentesco colateral de origen consanguíneo o simplemente de naturaleza legal, establece vínculos entre los componentes del grupo familiar, de diverso orden e intensidad ( sentimentales, morales, jurídicos, económicos, de auxilio o ayuda recíproca ) que no permanecen ajenos al derecho objetivo, sino por el contrario, éste afianza, reafirma y consolida, atribuyendo a dichos vínculos el carácter de deberes, obligaciones, facultades y derechos, que manifiestan su naturaleza especial y presentan caracteres fundamentalmente distintos en muchos aspectos, de cualesquiera de otras relaciones jurídicas.

Para Edgar Baqueiro Rojas, define al Derecho de Familia como " La regulación jurídica de los hechos sociales derivados de la unión de los sexos a través del matrimonio y el concubinato y la procreación de los hijos por la institución de la filiación " .<sup>1</sup>

Ferrara, define el Derecho de Familia, como " El complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales pertenecientes a los miembros de la familia entre sí y respecto de terceros " .

Lafaille, define al Derecho de Familia como " El conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia " .

José Castán Tobeñas, define al Derecho de Familia como " El conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia " .<sup>2</sup>

Güitron Fuentevilla define el Derecho de Familia, como " El conjunto de normas jurídicas, que tienen por objeto regular las relaciones jurídicas existentes entre la familia y cada uno de sus miembros, así como la de la familia con las demás personas no miembros de la misma " .<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Derecho de Familia y sus Secuestros*, Editorial Oxford, México 2001, Pág. 10.

<sup>2</sup> *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo I. Derecho de Familia*, Reus, S.A., Madrid, 1976, Pág. 44.

<sup>3</sup> *Derecho de familia*, México 1972, Pág. 325.

Julián Bonnacase define el Derecho de Familia, como “ El conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia “. 4

Augusto C. Belluscio define el Derecho de Familia como “ El conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares “. 5

Sara Montero Duhalt lo define como “ El conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público, que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares “. 6

Rebora lo define como “ El conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia, a las funciones que el mismo agregado debe llenar “. 7

Díaz de Guíjarro lo define como “ El conjunto de normas que dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regula el estado de la familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, las actas de emplazamiento en este estado, sus efectos personales y patrimoniales “. 8

Para Manuel Chávez Ascencio lo define como “ El conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado que protege a la familia, a sus miembros y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin “. 9

## **1.2 Fuentes del Derecho de Familia.**

Constituye el estado de familia una situación jurídica que se determina por la relación que las mismas personas guardan dentro de su propia familia, en general se podrá señalar tres grandes conjuntos de fuentes:

1. Las que implican a la unión de los sexos, como el matrimonio y el concubinato.
2. Las que implican a la procreación, como la filiación, matrimonial, extramatrimonial y la adopción.
3. Las que implican a las instituciones familiares en términos de asistencia como la tutela y el patrimonio familiar.

---

4 *La Filosofía del Código de Napoleón en el Derecho de Familia*, Editorial Cajica Jr., Puebla, México, Pág. 33

5 *Derecho de Familia, Tomo I*, Pág. 29, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

6 *Derecho de Familia, Tomo I*, Pág. 29, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

7 *La Familia en el Derecho*, Pág. 154, Editorial Porrúa, México 1992.

Las Fuentes reales del Derecho de Familia están constituidas por el hecho biológico de la generación y conservación de la especie y el hecho social, de la protección de la persona humana en el caso de menores e interdictos.

Las Fuentes formales están constituidas por el conjunto de normas de derecho que establecen, modifican o extinguen las relaciones jurídicas derivadas del parentesco consanguíneo, por afinidad y civil, la filiación natural y adoptiva, el matrimonio y el concubinato.

En este conjunto de normas jurídicas, debe distinguirse las que se refieren a las personas, consideradas como miembros del grupo familiar y aquellos otros vínculos jurídicos de contenido patrimonial, los que imponen la obligación de proporcionar alimentos, los que regulan la administración de los bienes de los hijos menores de edad o de los incapacitados, los que organizan la situación de los bienes de los consortes

### **a) El Matrimonio.**

Las consecuencias jurídicas son muy importantes para formar la familia, ya que genera deberes, derechos y obligaciones recíprocas entre los cónyuges, como son el deber de cohabitación, deber de ayuda mutua, débito carnal y el deber de fidelidad.

Además la legislación civil produce otros efectos como son la emancipación de los menores de edad, la adquisición de la nacionalidad mexicana, la de la sucesión, la tutela legítima del cónyuge que caiga en interdicción, la suspensión de la prescripción mientras dura el matrimonio, la necesidad de autorización judicial para contratar entre los cónyuges, las prestaciones derivadas de la seguridad social, la potestad marital, el mandato conyugal tácito y el nombre de la mujer casada.

A diferencia del parentesco, el matrimonio crea un estado civil originado por un acto jurídico en el que intervienen los cónyuges, y al generar el parentesco por afinidad constituye un estado familiar con escasas relaciones jurídicas.

### **b) El Divorcio.**

El divorcio engendra un estado civil especial entre divorciados, produce consecuencias en cuanto a la patria potestad y custodia del hijo.

En cuanto al hijo, el divorcio tiene dos consecuencias importantes, una durante la tramitación del juicio, y la segunda después de disolverse el vínculo matrimonial, para determinar a cargo de quién quedan los hijos.

El divorcio se da cuando ambos cónyuges o uno de ellos han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o difícil la vida en común y por ello se da la ruptura del vínculo matrimonial.

**e) Nulidad.**

La nulidad respecto de los cónyuges, trae como efectos jurídicos en que recobran la facultad de contraer nuevo matrimonio y respecto de los hijos serán considerados como hijos de los cónyuges.

Respecto de los bienes serán para el cónyuge de buena fe o para los hijos, si ambos actuaron de mala fe, en lo que toca a las donaciones las retendrá el cónyuge de buena fe, las devolverá el de mala fe y si ambos obraron de mala fe, serán a favor de los hijos, y si no los hubiere, no habrá lugar a reclamación.

**1.3 Ubicación Jurídica del Derecho de Familia dentro de la sistemática jurídica.**

Un problema que la doctrina debate desde muchos años es el de la ubicación del derecho de familia entre las ramas del derecho, tradicionalmente forma parte del derecho civil.

Sin embargo, la circunstancia de que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos, se empieza a formar una nueva forma doctrina respecto de la ubicación del derecho de familia dentro de las ramas del derecho.

El estudio de este análisis deriva en buena parte al planteamiento que hizo Antonio Cicu sobre el acercamiento al derecho público del derecho de familia, desprendiéndolo del derecho privado en donde siempre se le había catalogado.

Para Cicu la distinción entre derecho público y derecho privado resulta de una diversa posición que el individuo reconoce al Estado y señala que el interés del mismo es de interés superior a los intereses individuales.

Rojina Villegas que dentro de la clasificación que distingue el derecho público del derecho privado, sostiene que el derecho de familia, pertenece por entero al derecho privado, por considerar que las normas de derecho privado atienden exclusivamente a los intereses particulares. <sup>8</sup>

Rojina Villegas, considera que para definir si una norma es de derecho público o privado habrá de referirse a la naturaleza de los sujetos cuya conducta jurídica es objeto de regulación, por eso todas las normas que tienen por objeto estructurar al Estado definir sus órganos y funciones, las relaciones entre los mismos o con los particulares, así como las que se originen entre los diferentes Estados de la comunidad internacional, tienen que ser normas de derecho público.

En cambio, todas las normas que regulan la conducta de los particulares, independientemente del interés en juego de la igualdad o desigualdad de sus situaciones jurídicas, serán normas de derecho privado.

---

<sup>8</sup> *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Vol. I. págs. 10 y 26. Antigua Librería Robredo, México. 1939.*

### **1.3.1 El Derecho de Familia es parte del Derecho Privado.**

Para José Castán Tobeñas, el derecho de familia forma parte del derecho privado, ya que la familia no tiene en la actualidad el carácter de corporación o ente público investido de imperium.

Belluscio, sostiene la idea de separar el derecho de familia como rama autónoma se da en aquellos regímenes políticos que desconocen la dignidad humana y sirve como base de sustentación la intromisión del Estado en la vida privada.

Borda expresa, que los que buscaron la separación del derecho de familia del derecho privado, preparan consciente el camino a la intervención estatal en la vida íntima de la familia, prueba de ello sería que sólo en los países comunistas se han dictado Códigos de Familia independientes de los Códigos Civiles. 9

Díaz de Gujarro, niega que el acto jurídico familiar sea un acto del poder estatal, entiende que la regulación de la libertad humana no importa la existencia del derecho privado, ya que el Estado interviene en la formación de relaciones jurídicas, por eso el autor llegó a la conclusión que el derecho de familia forma parte del derecho privado.

El Doctor Gabriel Cantero, catedrático de Derecho Civil de San Sebastián, expresa que en el derecho de los países socialistas, el método de codificar aparte el derecho de familia es una realidad y señala que los autores de los países socialistas señalan el carácter no patrimonial de las relaciones familiares más importantes y que llevan a disociar el régimen familiar del Código Civil, lo que ha llevado a conservar en el Código Civil las relaciones patrimoniales reservando, para el Código Familiar las relaciones estrictamente personales. 10

### **1.3.2 El Derecho de Familia es Autónomo.**

Algunos autores colocan el Derecho de Familia, en una zona intermedia entre el derecho privado y el derecho público.

Jellinek sostiene la tesis de que el Derecho de Familia es parte del derecho público. 11

Uno de los principales promotores de la separación del Derecho Familiar del derecho privado fue Antonio Cicu, catedrático del Derecho Civil en la Universidad de Bolonia. Este autor busco separar el Derecho de Familia del Derecho Civil y aún del derecho privado, sostuvo la tesis de la clasificación tripartita del derecho, el cual, el derecho familiar sería un tercer género distinto del privado y del público.

---

9 *Derecho Civil Foral Común Español Tomo I'. Derecho de familia. Reus. S.A., Madrid, 1976', Pág. 50.*

10 *Gabriel García Cantero, El Derecho de Familia en los Países Socialistas del Este Europeo. Cuadernos de Derecho Comparado. La Reforma de Derecho de familia, Universidad de Salamanca. 1979, págs. 61 y SIG.*

11 *Belluscio, Op. Cit., Pág. 4*

Parte de la distinción entre el derecho público y el derecho privado, es que en el Derecho Público el individuo se halla en una relación de subordinación con respecto al fin del derecho y en el Derecho Privado el individuo está en posición de libertad, de ahí se extrae la conclusión de que en la relación jurídica del derecho privado los intereses tutelados son distintos y opuestos mientras que las ramas del derecho público no es admisible un interés del individuo contrapuesto al del Estado, sino que sólo hay un interés, que es el del Estado.

Con relación al derecho de familia, entiende que tampoco tutela intereses individuales, autónomos, independientes, opuestos, sino que están subordinados a un interés superior que es el interés familiar, por lo anterior en el derecho de familia existen relaciones similares a las existentes en el derecho público, pero la diferencia es que el Estado tiene que salvaguardar el interés familiar.

También establece que los actos jurídicos del Derecho de Familia, son actos de los poderes familiares ( como el reconocimiento del hijo natural, el desconocimiento de la paternidad ), o bien actos de poder estatal como el matrimonio.

Los derechos subjetivos familiares constituyen un poder de la voluntad no vinculado al interés propio del titular o bien una mera acción judicial tendiente a obtener el cumplimiento del deber.

Las relaciones jurídicas en la familia, no tutelan intereses individuales, sino un interés superior, es por eso que la relación entre cónyuges, la ley impone un estatuto que determina imperativamente tales derechos y obligaciones, en las relaciones paterno-filiales, existe un interés superior con arreglo al cual deben determinarse los derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad, el cual es una función social de la familia.

Antonio Cicu, afirma que la distinción entre derecho público y derecho privado, emerge la distinción neta entre la posición jurídica del individuo como ente y la posición misma como miembro de un todo, característica de la primera la libertad y la segunda la subordinación a un fin.

La similitud de la familia y el Estado, también es señalada por Julián Guitrón Fuentecilla y señala que la similitud llega "al grado de pretender que las relaciones jurídicas de cada ente son casi iguales".<sup>12</sup>

Plutarco Marsá Vancells, señala que en las relaciones del Derecho de Familia en su estructura, existe la subordinación de las voluntades, es de interés unitario, por consiguiente, a los intereses individuales y se manifiestan mucho más claramente que en el derecho público.

Señala que el matrimonio se constituye por la intervención de un funcionario civil no hay libertad de regulación. en cuanto a los derechos y deberes de los cónyuges están predeterminados en la ley, no pudiendo los esposos sustraerse a ellos, o limitarlos mediante condiciones o pactos ni siquiera relativamente a las estipulaciones patrimoniales, que no pueden ser alteradas una vez celebrado el matrimonio.

---

<sup>12</sup> *Derecho de Familia*. *Edur Editores*, Buenos Aires, 1947, Pág. 126..

Cicu, señala el interés superior que debe observar el padre o un tutor no es un derecho correlativo del incapaz, sino un derecho de la familia o del Estado, que están interesados en que los deberes familiares se cumplan independientemente de que los incapaces exijan o no su debida observancia.

Rojina Villegas dice que Cicu acepta colocar el derecho de familia junto al derecho público, ya que el Estado interviene en todas las relaciones jurídicas que se originan entre los distintos sujetos interesados y, además, procura realizar directamente los fines superiores que provengan de la comunidad política o del grupo familiar. <sup>13</sup>

Ruggiero señala que la esfera de libertad concedida al particular es aquí nula o mínima, ya que las normas del derecho familiar son todas, o casi todas imperativas e inderogables, la ley exclusivamente regula la relación que determina en todos sus detalles el convenio y extensión de las potestades, la eficacia de la relación parental, los efectos y el alcance patrimonial de un Estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna. <sup>14</sup>

Roberto Ruggiero señala, además que la familia es una institución, no sólo privada sino también de carácter público que debe prevalecer sobre el interés individual de cada uno de los componentes.

La doctrina de Cicu ha sido combatida en Argentina, la crítica a dicha doctrina se basa en la facultad fundada del poder público o en la soberanía política, según el cual sólo hay derecho público cuando la relación jurídica es parte del Estado en ejercicio de su derecho o de su soberanía, con lo cual resulta obvio que el derecho de familia quede fuera del ámbito del derecho público.

Rojina Villegas critica la tesis de Cicu y señala que es evidente que todas las normas de derecho público sí son de interés público, pero no todas las normas de derecho privado se refieren a intereses exclusivamente individuales.

Dentro de la doctrina Argentina, Spota sostiene que el Derecho Público forma parte del derecho civil el derecho de familia, pero se acentúa de manera innegable, sus aspectos de derecho público, el cual estaría dado por el interés estatal en el cumplimiento por los particulares de sus poderes-funciones en las relaciones jurídicas del derecho de familia. <sup>15</sup>

Ossorio y Barassi señalan que en el derecho de familia se regulan funciones sociales que no excluyen la existencia del derecho privado, pero existen zonas del derecho de familia que han pasado ya a formar parte del derecho público. <sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Vol. I, págs. 10 y 26. Antigua Librería Robredo, México, 1959.*

<sup>14</sup> *Instituciones de derecho civil. Editorial reus, Madrid, 1978. Tomo II. Vol. Segundo, Pág. 10.*

<sup>15</sup> *Augusto C. Belluscio, Derecho de Familia, Tomo I, Pág. 31.*

<sup>16</sup> *Augusto C. Belluscio, Derecho de Familia, Tomo I, Pág. 31.*

En México, el autor Julián Gúitron Fuentevilla considera que el derecho de familia es independiente del Derecho Civil y agrega que el derecho de familia debe agruparse bajo un género diferente al privado y al público, ya que la familia como generadora de todas las formas actuales de sociedad y de gobierno, tienden a desaparecer, por la intervención cada día más penetrante del núcleo familiar por el Estado.

La intervención estatal debe evitarse en el seno familiar, pero deberá ser a través de un Código Familiar Federal, las instituciones comprendidas en el derecho familiar, son tan ambiguas y complejas, que necesitan sus propias reglas y proyecciones, sin salirse del derecho familiar, ya que lo fundamental es proteger a la familia.

Su tesis la funda en considerar al derecho familiar como autónomo del privado, ya que el interés para proteger están fundamentalmente a la misma organización social, que necesita darle su propia legislación, el cual permitirá la cohesión del derecho de familia.

El doctor Gúitron Fuentevilla aplica al derecho de familia la teoría empleada por Cabanellas en el Derecho de Trabajo, y para demostrar que es una disciplina jurídica autónoma procura probar que se satisfacen cuatro criterios que son: el legislativo, el científico, el didáctico y el jurisdiccional.

En relación al criterio legislativo, señala que el derecho de familia tiene propias leyes y propio código, hace referencia a Ley Sobre Relaciones familiares a lo que fue el primer Código Familiar, y seguido por el Código Familiar de Rusia ( 1918 ), y luego por algunos otros códigos de países comunistas.

El criterio científico, consiste en la bibliografía que existe sobre esta rama y hace una enumeración de diversos autores que retratan sobre la familia, el matrimonio y las relaciones jurídicas familiares.

En el criterio didáctico, señala el hecho de que la enseñanza universitaria, del derecho de familia se da en forma separada del Derecho Civil.

El criterio jurisdiccional, señala la existencia de tribunales autónomos que se observan no sólo en el Distrito Federal, sino en la mayoría de los Estados de la República y en la presencia de Salas de lo Familiar y se señala que el derecho de familia tiene procedimientos propios, consagrados no sólo en el Código Procesal, sino también en el Código Civil.

El autor Dominik Lasok, señala que la separación del derecho civil, fue un accidente histórico de la legislación soviética, en Polonia antes de la legislación vigente hubo proyectos de Código Civil bajo el régimen socialista que incluía también el Derecho de Familia, a su juicio la división entre lo personal y lo patrimonial es artificial y no realista.

### **1.3.3 El Derecho de Familia dentro del privado, pero como derecho especial.**

Rojina Villegas, quien después de analizar las relaciones familiares y constatar la separación de las relaciones personales patrimoniales, señala que existe una característica común a todas las ramas del Derecho ( Mercantil, Laboral, Civil, etc.), señala que el derecho de familia se refiere a la regulación de vínculos no patrimoniales que se crean con el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos, lo que permite concluir que el derecho de familia está integrado por normas de interés público que deben separarse del derecho civil patrimonial para integrar una rama autónoma dentro del derecho privado.

### **1.3.4 El Derecho de Familia dentro del derecho social.**

Augusto C. Belluscio, señala que en Argentina algunos autores han sostenido que el derecho de familia forma parte del derecho social.

Señala que el derecho social el sujeto es la sociedad representada en los distintos entes colectivos con los cuales opera, por la naturaleza de la relación se está frente a una reciprocidad, y cuando se ejerce un derecho se cumple con un deber y es recíproca la exigibilidad.

Colocan el derecho de familia como rama del derecho social, porque apoyan su tesis en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional Argentina, que incluye dentro de los derechos sociales el de los familiares.

### **1.3.5 Conclusiones.**

Para que el Derecho de Familia pueda adquirir independencia, se requiere que posea.

- a) Independencia doctrinal, se requiere que se impartan cursos y existan tratados específicos sobre la materia.
- b) Independencia legislativa, que existan ordenamientos especiales para regularlo ( leyes, código );
- c) Independencia judicial, crear tribunales propios, procedimientos especiales y jueces dedicados exclusivamente a la aplicación de normas de carácter familiar.

En México existen tribunales y jueces específicos para atender los asuntos familiares, pero su doctrina, su regulación, la enseñanza de éstas y su legislación correspondiente aún forman parte del derecho civil.

Por eso el derecho de familia no obtiene totalmente una independencia, sin embargo está en vías de lograrlo, en nuestro país los tribunales familiares son de reciente creación, no existen leyes exclusivas, reguladoras de las relaciones familiares, sino que forman parte del cuerpo normativo del Código Civil, en cuanto a su enseñanza, en las escuelas y facultades, éstas aún se incluyen en los cursos de derecho civil.

La independencia judicial se ha logrado en México, no así en lo doctrinario y legislativo ya que no existe un Código de Familia, los textos y cursos siguen siendo parte del Derecho Civil.

### **1.4 Constitución de la Familia.**

En relación a la constitución de la familia, éstas se pueden clasificar en:

#### **a) Familias constituidas por matrimonio.**

El Matrimonio es la forma legal de constituir la familia a través del vínculo jurídico, establecido entre dos personas de diferente sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinadas por la propia ley.

El Matrimonio es un estructura mediante la cual se pretende organizar la sexualidad humana, la crianza de los hijos e hijas que pudieran nacer de esa convivencia sexual, forman la familia ideal, a la que tienen todas las personas y el derecho que busca promover y proteger, en esta forma se integra la comunidad más sana y promotora de sus miembros, lo que favorecerá a que el país sea fuerte y próspero.

#### **b) Adopción.**

Es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor ( padre o madre ) e hijo.

Pueden adoptar los solteros, los casados o ambos pueden adoptar más de una persona, aun en el caso de la adopción realizada por solteros, con la adopción se crea una familia en la cual sólo hay un padre o una madre según sea hombre o mujer quien adopte, o quien se le transfiera la patria potestad en la adopción plena.

Se autoriza la adopción en un matrimonio, cuando los dos están conformes de considerar a adoptado como hijo, es de notarse que entre el adoptante y adoptado debe haber una diferencia de diecisiete años, lo que es una consecuencia de la ficción de paternidad que se atribuye tradicionalmente a la adopción, en el caso de adopción plena, ésta se equiparará al hijo consanguíneo.

**c) Concubinato.**

Esta forma de constituir la familia es ilícita y sus consecuencias aparecen reglamentadas en el derecho en beneficio de los hijos y en beneficio de la mujer en su carácter de concubina, posteriormente a favor del concubinario, pero no es la forma moral de constituir la familia.

**d) Delito.**

Los delitos sexuales pueden traer consecuencias como son el embarazo y el nacimiento de hijos no deseados, estos casos son tomados en cuenta por el derecho, no sólo en el aspecto delictivo como son los delitos de estupro, violación y raptó, pero con las nuevas reformas que se dieron en el Código Penal para el Distrito Federal, se permite el aborto, en caso de violación.

**e) Filiación.**

La procreación es recogida por la norma jurídica a través de la figura de la filiación, misma que puede ser de una doble naturaleza, ya sea a través de una pareja unida en matrimonio o una pareja que viva en concubinato.

Anteriormente el medio para probar la filiación de un hijo respecto de la mujer era desde el momento en que daba luz a un hijo y el padre lo reconoce como hijo suyo y le daba su apellido, con las nuevas reformas que se dieron al Código Civil para el Distrito Federal, otra manera de poder comprobar la filiación es por la procreación de hijos por medios de fecundación asistida, cuando los cónyuges consienten expresamente como un medio para crear su propia descendencia, tal y como lo señala el Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

Art. 162 “ Los cónyuges tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges “.

La filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado, padre o madre.

### **1.5 Disolución de la Familia.**

La familia no se desintegra en su totalidad, solamente existe el rompimiento de los lazos familiares entre los individuos que componen a la familia.

La familia se integra con el matrimonio, es por eso de señalar que esta institución debe ser una de las más sólidas y su desvinculación provoca la desintegración familiar y la pérdida de los valores familiares dentro de una familia bien integrada.

La relación familiar se extingue con la muerte, la nulidad de matrimonio, el divorcio, la impugnación de la paternidad o de la filiación y la revocación de la adopción.

Hay lazos familiares que sólo pueden ser extinguidos por la muerte, tales son la filiación materna habida dentro o fuera de matrimonio, la filiación paterna matrimonial, la filiación paterna habida fuera de matrimonio cuando expiran los plazos en los cuales puede ser impugnada y el parentesco por consanguinidad en todas sus líneas y grados.

Los únicos lazos familiares que pueden romperse voluntariamente son aquellos que surgieron también de la voluntad de las partes, como son el matrimonio y la adopción.

#### **a) La muerte de algunos de los cónyuges.**

La muerte de uno de los cónyuges da por terminado el matrimonio, pero hay ciertas consecuencias que no se pierden por la simple muerte de una de los cónyuges, como son la sucesión legítima y la obligación de dar alimentos que pasan a sus herederos.

#### **b) Nulidad.**

La nulidad sanciona al matrimonio, como a cualquier acto jurídico, que se haya realizado contraviniendo los requisitos que le dan validez al acto jurídico, sus efectos son retroactivos al momento de la celebración del matrimonio, la nulidad del matrimonio no desconoce la comunidad de vida que existe o debió existir entre las personas que contrajeron nupcias en condiciones de anulabilidad, tampoco desconoce la paternidad y maternidad que posiblemente hubieran surgido en dicha unión.

#### **c) Inexistencia.**

El acto jurídico del matrimonio es inexistente por falta de consentimiento, solemnidad u objeto, es claro que si las personas involucradas no expresaron su consentimiento para unirse en matrimonio éste no puede existir como tal, lo mismo si el consentimiento no fue expresado con la solemnidad en el que se debe de celebrar para este acto, ni ante la autoridad competente que, para estos casos, es el Juez del Registro Civil.

**d) Divorcio.**

El divorcio es el único medio racional capaz de subsanar aquéllas situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes en conseguir su bienestar y superación.

Hay dos diferentes tipos de divorcio que nuestra legislación civil regula, es el divorcio voluntario entre los cónyuges que dan por terminada la relación conyugal y la otra forma es el divorcio necesario que se da por una causa grave, por lo cual no existe la estabilidad matrimonial y lo mejor es la separación de los cónyuges.

**1.6 Instituciones del Derecho de Familia.**

Las Instituciones del derecho familiar son:

- a) El matrimonio.
- b) Filiación.
- c) Parentesco.

En relación directa con el matrimonio surgen los regímenes patrimoniales del matrimonio, la nulidad del matrimonio y el divorcio. En relación con la filiación se regula la patria potestad, la investigación de la paternidad y la adopción, en conexión directa con el parentesco y demás lazos familiares, se tiene a la obligación alimentaria, la tutela legítima, el patrimonio de familia y la sucesión legítima.

Es de suma importancia hacer el estudio de la institución jurídica del " Matrimonio ", ya que tiene relación estrecha con el tema de tesis expuesto, porque uno de los fines del matrimonio que persigue es la procreación de la especie y como tal el Código Civil para el Distrito Federal lo marca como uno de los principios fundamentales que se deben de cumplir y lo señala de la manera siguiente:

Art. 162. " " Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges ".

## CAPITULO II.

### EL MATRIMONIO.

#### 2.1 Evolución Histórica.

El Matrimonio es la forma de constituir la familia, el estudio de la evolución del matrimonio nos proporciona también el conocimiento de la situación ancestral de desigualdad de trato entre personas de ambos sexos, el predominio del varón y el sojuzgamiento de la mujer.

La evolución de las sociedades humanas ha presentado características diferentes en cada cultura, la teoría tradicional acerca del comportamiento sexual varía, ya que los primeros humanos de la tierra su comportamiento sexual se basaba de una total promiscuidad en la que los hombres se guiaban su instinto sexual de una manera primitiva en la que no distinguían el lazo consanguíneo que pudiera existir entre ellos.

A lo largo de la historia la evolución del matrimonio nos encontramos con la misma actitud, real o figurada en donde el varón viola, rapta, compra, se disputa, cambia, persigue, repudia, posee y se apropia de la mujer, conductas activas y dominantes del macho contra la supuesta o real pasividad de la hembra.

Oscuros son los orígenes de la superioridad masculina, pero la misma ha impregnado en la historia de la humanidad hasta el presente siglo, pero en la actualidad empieza a despertar la conciencia femenina.

El Matrimonio ha sido una forma tradicional de la opresión de la condición femenina, ya que se maneja a la mujer como un instrumento sexual y de trabajo, por eso en la actualidad se da la frustración en la vida de las parejas y normalmente buscan el divorcio como un medio para escapar de la infelicidad.

El Matrimonio en su forma tradicional, existe la desigualdad de condiciones, en que la mujer se supedita y se pone al servicio de todos los miembros de la familia, es por eso que en la actualidad la mujer busca que haya condiciones de igualdad, en la que ambos cónyuges colaboren con todos los aspectos de la vida en común y se den una serie de satisfacciones que buscan la integración familiar.

##### 2.1.1 Primitiva promiscuidad.

Esta etapa de comportamiento sexual, se dio en la etapa primitiva, en la que el hombre satisfacía su apetito sexual guiado solamente por sus instintos primarios, en la que buscaba del alimento para la sobrevivencia y el instinto reproductor para la continuidad de la especie, sin ninguna traba de carácter moral, social ni religiosa, el humano cumplía con las exigencias de la naturaleza sin más trabas que las impuesta por la misma.

Con el estudio de la Historia de la Familia, Morgan llega a la conclusión de que existió una época primitiva en el cual imperaba un comercio sexual promiscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y un hombre a todas las mujeres.

La lucha feroz del hombre por sobrevivir, con otras especies animales mucho más fuertes, hizo desarrollar forzosamente su astucia, y con ello su intelecto, al desarrollar su inteligencia, el hombre pudo dominar a los demás animales y a las propias fuerzas de la naturaleza.

En relación a esta forma de vida humana, Sara Montero Duhalt menciona que la existencia de una primitiva promiscuidad sexual anterior a toda civilización, obedecía a que los primates se guiaban más por sus instintos que por otras consideraciones de raciocinio, ética o limitaciones a la libertad de su conducta, así el humano convivía gregariamente con los de su especie o semejanza de los demás componentes del reino animal.

A partir del siglo XIX se empezó a ponerse en entredicho la teoría de la primitiva promiscuidad, aduciéndose que en ningún lugar del planeta, por primitiva que sea la cultura, se encuentran vestigios de un indiscriminado comercio sexual, se aduce también que los propios primates tienen ciertos principios selectivos y permanentes entre las parejas reproductoras.

La corriente de las teorías niegan la posible existencia de una primitiva promiscuidad sexual en el cual se tiene un trasfondo ideológico de puritanismo religioso, la influencia del cristianismo, tan definitiva en la cultura occidental, convirtió en tabú todo lo relativo al sexo. Una política secular de represión en materia sexual, atribuyéndole al sexo el origen y la causa de todos los males, formó una conciencia de culpa y de vergüenza al respecto.

### **2.1.2 Matrimonio por grupos.**

La evolución de la familia en los tiempos prehistóricos consiste en una constante reducción del círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal entre los dos sexos, círculo que en su origen abarcaba la tribu entera.

La primera limitación que se encuentra a la libertad, es la que surgió en el matrimonio por grupos, llamada también **CENOGAMIA**, que consiste en la relación sexual establecida entre un grupo de hombres con un determinado grupo de mujeres en el cual todos son cónyuges en común, la relación sexual se entabla únicamente entre los miembros del grupo matrimonial, así como una primitiva regulación de derechos y deberes en razón de la convivencia grupal.

Posiblemente los orígenes del matrimonio tuvo su razón en los tabúes derivados del totemismo y la exogamia.

El tótem es el antepasado común, representado normalmente por una figura de animal u otra cosa inanimada, del que derivan todos los seres unidos con lazos de sangre, entre ellos estaba estrictamente prohibido el ayuntamiento sexual, es por eso que el parentesco consanguíneo es la primera restricción moral, convertida en tabú en razón a esta prohibición, los miembros varones de una tribu tienen que buscar mujeres fuera de la misma y viceversa.

Posteriormente como otro antecedente del matrimonio por grupos, es la exogamia que consiste en la relación sexual con miembros de tribus diferentes a los de la propia, este tipo de relación consiste en que una misma generación pueden tener relaciones entre sí, pueden ser cónyuges todos los abuelos entre sí, todos los padres entre ellos, todos los hijos e hijas de la misma generación, aunque de diferente tribu.

El Matrimonio por grupos exogámico tiene dos características principales, la primera consiste en que los diferentes varones de una tribu se casan con diferentes mujeres de otra tribu y la segunda consiste en que un grupo determinado de varones tienen por esposas a un grupo de mujeres hermosas entre sí, o un grupo de hermanos que tengan en común por esposas a diversas mujeres.

Otro antecedente es la endogamia que es similar a la primitiva promiscuidad, pero con la limitación de la prohibición de la relación entre ascendientes y descendientes.

### **2.1.3 Matrimonio por raptó.**

Este tipo de Matrimonio existió en Roma, cuando se apoderaron los romanos de las mujeres de los sabinos, después de la fiesta de los consualicios, a la que los había convidado Rómulo, a efectos de proveer de mujeres a sus súbditos.

Rojina Villegas habla del matrimonio por raptó, cuando se realizaba el apoderamiento de la mujer como botín de guerra, ya que se daba la posesión de la mujer y en ciertos casos monogamia, cuando se entrega a la mujer, con el consentimiento de los padres. <sup>17</sup>

Entre los principales factores que originaron el matrimonio por raptó puede citarse la exogamia que prohibía el matrimonio entre los miembros de una misma tribu, la escasez de mujeres derivada de la salvaje costumbre generalizada en algunos pueblos.

El Matrimonio por raptó es ya un primer paso hacia la monogamia, el raptor se casa únicamente con la raptada y la considera objeto de su propiedad, puesto que es su botín y como tal, le exige fidelidad y obediencia plena, castigándole terriblemente sus faltas al respeto.

Derivada de la exclusividad sexual que tiene el hombre sobre la esposa raptada, los hijos de ésta tendrán paternidad cierta, el hombre se siente seguro de su paternidad y en base a ella, sus hijos serán sus herederos legítimos. el parentesco se establece por línea paterna y el régimen patriarcal ha sentado ya sus bases.

---

*17 Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Tomo I, Pág. : Derecho Civil Mexicano. 2ª. Edición.*

#### **2.1.4 Matrimonio por compra.**

Una vez establecida la prepotencia del varón en su calidad de padre o de cónyuge, ya no es necesario acudir a la violencia, las mujeres son objeto de su propiedad y por ello, están en el comercio, el factor que impulso a la supremacía masculina fue la división del trabajo y su valoración económica, la actividad de la casa y de la guerra, productoras ambas de satisfactores para el grupo familiar, fueron exclusivas del varón en razón también de su mayor fuerza física y de la necesidad de la mujer de producir y criar a la prole, lo que la hacía permanecer en el cuidado del hogar, la división del trabajo fue en el hombre productor de bienes y la mujer productora de servicios.

*Sin embargo, cuando abundaron los bienes, estos fueron objeto de intercambio con un valor económico, mientras que los servicios domésticos no eran susceptibles en aquel entonces de intercambio y, por ello, no tuvieron un valor económico, además la condición de la mujer era de sumisión y de acato, sus afanes y trabajos eran su deber ante el amo y su aporte económico es para satisfacer las necesidades del grupo familiar.*

El varón constituye dentro del seno familiar un elemento productivo, a la mujer se le vende cómo un objeto y de esta manera el padre recupera en algo todos los gastos que le ha ocasionado la crianza y la manutención de una niña.

Fueron las civilizaciones hebraica, griega y romana las que consolidaron y transmitieron a otros pueblos el matrimonio por compra, el precio de la novia se entregaba al padre o al ascendiente más cercano.

El Matrimonio por compra asumió otras formas tales como el matrimonio por servicio o por intercambio . en el primero de ellos, el novio, en vez de una paga por la novia en dinero o en especie, realiza conductas de hacer, paga con servicios propios al padre o a la familia de la mujer. Esta forma ya se registra en la Biblia ( Génesis, cap.29, versículos 18 y 19 ): “ Y Jacob amó a Rachel y dijo: yo te serviré siete años por Rachel, tu hija menor. y Laban respondió: mejor es que te la dé a ti y que no la dé a otro nombre: estate conmigo “. misma situación se da en la tribu de Kemai, en Alaska, en la que el pretendiente de la hija acude a la casa de sus futuros suegros y sin mediar palabra procede a calentar el agua y a hacer la comida; si no se le despide, servirá un año en concepto de criado, pasado ese tiempo el padre hará entrega de la hija.

El Matrimonio por intercambio es otra variante, se da con la permuta de mujeres, subsiste esta costumbre en Sumantra, las Islas Salomón y en la tribu papu de los Kivai en Nueva Guinea.

El Matrimonio por compra, fue adquiriendo formas menos denigrantes para la esposa, en ocasiones el padre recibe el precio por la novia como un regalo que guarda para ella en el caso de que enviude o se divorcie.

Posteriormente, el pago se le hacía directamente a la novia y llegó inclusive a significar un honor para la misma; en lugar de "pago" como si fuera un objeto, se le da un "regalo" de mayor valor en razón de la mejor calidad de la novia (juventud, belleza, virginidad, etc).

La ley judía llegó a establecer el deber del marido de señalar determinados bienes de su propiedad que le corresponderán a la mujer en caso de divorcio. El precio llegó a significar la legitimación del matrimonio y daba firmeza y realce al honor de la mujer.

La **coemptio** era la forma más usual entre los romanos para establecer la agnus y consistía en una venta ficticia hecha por el paterfamilias al futuro marido, siempre y cuando se tratase de una mujer sujeta a patria potestad, es decir, alieni iuris, en caso de que fuese sui iuris, sería el tutor el que tendría que llevar a cabo este simulacro de venta.

Una situación del matrimonio por compra, era el sistema de la dote, que consistía en las cantidades de dinero o bienes que el padre u otros le significarían el sostenimiento del nuevo hogar, como quiera que sea, por compra, por intercambio, se le consideraba a la mujer como un objeto de un valor determinado.

### **2.1.5 Matrimonio por consentimiento.**

Por matrimonio consensual puede entenderse como una unión que no requiere de ciertas formas específicas y normalmente solemnes para que el mismo tenga validez, las legislaciones que han permitido este tipo de matrimonio consideran como tal la relación de hecho establecida por una pareja cuando asume las características de permanencia y unidad.

#### **I. De los padres.**

En algunos países los padres son los que deciden acerca del matrimonio de sus hijos, o cuando menos de sus hijas, aun en contra de la voluntad de los mismos.

#### **II. De los consortes.**

Es la unión matrimonial de un hombre y de una mujer derivada únicamente de su libre consentimiento.

## **2.1.6 Matrimonio en derecho romano.**

Una de las formas consagradas en el derecho romano fue la unión conyugal monogámica llevada a cabo por las reglas de este derecho.

En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia, resultaba de suma importancia la conservación del matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de hijos.

El matrimonio está constituido por dos elementos; uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer, y otro de carácter subjetivo que consiste en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento que se llama **affectio maritales**.

La **affectio maritales** se exterioriza por el honor **matrimoni**, esto es, el trato que los esposos se dispensan en público, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango social de aquél y gozar de la dignidad de esposa.

**Las condiciones indispensables para la validez de un matrimonio son:**

### **I) Pubertad de los futuros esposos:**

Se entiende por ella, la edad en la cual los cónyuges tienen las facultades físicas suficientemente desarrolladas para que se les permita realizar el fin del matrimonio, esto es, la procreación de los hijos.

La pubertad se fija en los 12 años para la mujer y en 14 para el varón.

La pubertad en el hombre constituía todo un acontecimiento familiar, era un acto social de gran importancia, que acarrecaba consigo la celebración de una serie de ceremonias en la época del año en que se realizaban las fiestas en honor del dios Baco, permitiéndole por primera vez vestirse con la toga civil.

### **II) Consentimiento de los esposos.**

Las personas que van a contraer matrimonio deben expresar libremente su consentimiento en los primeros siglos el consentimiento era secundario, ya que la autoridad paterna era absoluta, inclusive se podía obligar al hijo a contraer matrimonio, pero en la época imperial fue un requisito indispensable con independencia de la voluntad paterna.

### III) Consentimiento del Jefe de Familia.

La persona que se casa siendo **sui iuris**, no tiene necesidad del consentimiento de nadie, pero los hijos bajo autoridad paterna, deberían contar con el consentimiento del **paterfamilias**, este consentimiento estaba fundado única y exclusivamente en la autoridad familiar.

Según el jurisconsulto Paulo, si el **paterfamilias** negaba su consentimiento, los afectados podían acudir al magistrado para que éste presionara al jefe de familia a dar el consentimiento, en caso de no obtenerlo, el magistrado podía suplir la voluntad paterna.

### IV) *Conubium*.

Es la aptitud legal para estar en posibilidad de contraer las **IUSTAE NUPTIAE**. Gozarán de este privilegio todos los ciudadanos romanos, quedando exceptuados de él tanto los peregrinos como los **latini veteres**, que sí gozaban de esta prerrogativa.

La falta de **conubium** podía ser sustituida por una orden del emperador autorizando la celebración de las **iustae nuptiae**.

Cumpliendo los requisitos anteriores, toda persona era libre de celebrar el **iustum matrimonium**, pero podía encontrarse con una serie de impedimentos para llevarlo a cabo, tal sería el caso de que existiese algún tipo de parentesco entre los futuros cónyuges.

Para esta clase de impedimentos las diferencias entre el parentesco agnático y el cognático no son tomados en cuenta, por lo que la prohibición rige de igual forma en los dos casos.

En línea recta, el matrimonio está prohibido hasta el infinito, ya que biológicamente uniones de este tipo van en contra de la naturaleza, en línea colateral está prohibido entre hermanos, tíos, sobrinos y entre primos.

En este último caso, cada vez más fueron permitiéndose los matrimonios con mayor frecuencia, hasta que llegó un momento en que tal prohibición desapareció.

Si el parentesco era por afinidad, era una de las prohibiciones para contraer matrimonio, en línea recta también está prohibido hasta el infinito y en línea colateral hasta el segundo grado, o sea entre cuñados, los efectos de esta prohibición tendrán validez después de la disolución del matrimonio, cualquiera que sea la causa.

También estaba prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos, por disposición de la **Ley Papia Poppaea** se prohíbe esta unión entre los hijos de senadores con libertos o con persona que ejerciese una profesión deshonrosa.

También estaban prohibidas las *iustae nuptiae* entre el alto funcionario de una provincia o sus hijos con una persona natural de la provincia, así como también entre el tutor o *iustae nuptiae*, hijos con la pupila, o el curador y sus hijos con la persona sobre la cual se ejerce la curatela.

El matrimonio estaba prohibido en aquellos casos en los cuales existía una gran diferencia de situación social y económica entre las personas que deseaban contraer matrimonio, esta prohibición desaparece en la época de Justiniano, quien la suprime para poder casarse con Teodora mujer de origen humilde y de reputación dudosa pero dotada de una inteligencia prodigiosa.

Los efectos que surten con los cónyuges, por un lado la mujer participa en la condición social del marido y pasa a formar parte de la familia de él en calidad de hija y como hermana de sus hijos, siempre y cuando el matrimonio se hubiese celebrado **Cum Manu**.

Si era **sui iuris** al celebrarse el matrimonio, los bienes que poseyera eran adquiridos por el marido, lo mismo los que llegase a adquirir a la muerte del marido, concurría a la sucesión en calidad de herederos sui en igualdad de condiciones con sus hijos.

Si el matrimonio se había celebrado **sine manu**, no se creaba por parte del marido la **potestas maritales** y la mujer no entraba como agnada a la familia del marido, conservando por tanto esta situación con su anterior familia y seguirá siendo **sui iuris** si así era el caso o **alieni iuris** si ésta era su situación.

En el matrimonio libre, los bienes de la mujer seguían siendo de su propiedad, el marido no tenía sobre ellos ningún derecho, pero podía administrarlos si ella se lo encargaba.

A la muerte del marido, la mujer no tenía ningún derecho a la sucesión, salvo el concerniente a la recuperación de su dote, con posterioridad se le concedió a cualquiera de los cónyuges el derecho recíproco a la sucesión sobre los bienes del cónyuge premuerto.

Entre los cónyuges no se podían efectuar donaciones.

En lo que concierne a los hijos nacidos de matrimonio, siguen la condición del padre, estarán bajo su potestad y son por tanto agnados de él y únicamente cognados de su madre.

En la época de Augusto, se reglamentó algunas cuestiones relativas al matrimonio y sus efectos.

Estableció un sistema de premios e incentivos para aquellas personas casadas y con hijos, así como sanciones para los solteros o para los matrimonios sin hijos, todo esto con el fin de resolver el problema demográfico de la disminución de la población romana en los últimos siglos de la República, época de luchas internas y externas, que habían diezariado al pueblo.

Entre las disposiciones encontramos a **Ley Julia** y en la **Ley Papia Poppaea** señalaban que las mujeres *ingenuas* que tuvieran tres hijos y las *libertas* que tuvieran cuatro fueran dispensadas de la tutela perpetua a la que estaba sometida la mujer; esto es, **el ius liberorum**.

También se dispuso que los matrimonios que no tuvieran hijos, no pudieran gozar de las libertades que se les otorganan por testamento, en cuyo caso esos bienes pasaban a otros herederos.

La disolución del matrimonio se daba de forma natural, es decir, por la muerte de uno de los cónyuges u por otro, cuando existían determinadas causas para no seguir adelante en la unión marital.

Entre otras cosas, encontramos al **repudium** que es la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no deseaba seguir unida a la otra, era una razón más que suficiente para que se disuelva el vínculo matrimonial.

También nos encontramos con la disolución del matrimonio por divorcio por mutuo consentimiento, este tipo de divorcio fue cada vez más frecuente sobre todo en la época de los emperadores cristianos, ya que por motivos básicamente de carácter religioso, se esta en contra de la práctica del repudio.

### **Matrimonio sine conubio.**

Es aquella unión de carácter marital que se celebra entre personas que por alguna razón no gozaban del **conubium** o cuando menos una de ellas no gozaba de él.

Estas uniones fueron frecuentes entre peregrinos y en ningún caso eran consideradas como una unión ilícita, este tipo de unión marital con relativa facilidad se podía convertir en **iustae nuptiae** con todas las consecuencias que podrían derivarse de ellas.

### **Manus.**

En los primeros siglos de Roma, esta institución de la **manus** estuvo siempre ligada a la figura del matrimonio, siempre se llevaba conjuntamente con él, pero a partir de la legislación de las XII Tablas, éste podía celebrarse con **manus** o **sine manus**.

La **manus** es la autoridad que se tiene sobre una mujer casada, la cual es ejercida por el marido, pero si éste es una persona **alieni iuris**, la ejercerá la persona que tiene la patria potestad sobre su padre.

El establecimiento de la **manus**, se hacía mediante tres procedimientos distintos, a saber: **el usus, la confarreatio y la coemptio**.

El **usus** se daba cuando el marido vivía ininterrumpidamente con su mujer durante un año, este hecho le daba el derecho de ejercer la agnus sobre ella.

Si la esposa quería interrumpir este plazo, tenía que pasar tres noches consecutivas fuera del hogar conyugal, permaneciendo entonces en la casa paterna con motivo de la celebración del rito doméstico.

**La confarreatio** era una ceremonia exclusiva de los patricios, que consistía en una ceremonia de carácter religioso anexa al matrimonio, celebrándose siempre con grandes solemnidades y ante testigos.

**La coemptio** era la forma más usual entre los romanos para establecer la agnus y consistía en una venta ficticia hecha por el **paterfamilias** al futuro marido, siempre y cuando se trate de una mujer sujeta a patria potestad, es decir **alieni iuris**, en caso de que fuese sui iuris, sería el tutor el que tendría que llevar a cabo este simulacro de venta.

### 2.1.7 Matrimonio canónico.

Para Santo Tomás de Aquino “ El Matrimonio es oficio de la naturaleza, ya que debe ser estatuido por la ley natural, pero es sacramento por el derecho divino, en cuanto es oficio de la comunidad, pertenece al derecho civil “.18

El Papa Gregorio IX, en sus famosas Decretales del año mil doscientos veintisiete, realizó una compilación general del Derecho Canónico, en la que estimaba al Matrimonio en función de la maternidad, siempre cierta, que a la mujer le era onerosa antes del parto “.

El Derecho Canónico consagra “ Al Matrimonio como un sacramento, que simboliza desde un punto de vista religioso la unión de Cristo con su Iglesia “.

En el Antiguo Código de la Iglesia, el canon ( regla o precepto ) 1012 en su párrafo segundo confirmaba este análisis:

*“ Entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido, que por el mismo hecho no sea sacramento “.*

Hay algunos autores que distinguen el matrimonio religioso, del matrimonio sacramental, diciendo que el primero constituye el género y el segundo la especie.

El Matrimonio como institución natural de origen divino, dios creó a los hombres y deposita en la mujer que deposita en ella la naturaleza humana de la procreación.

Cristo restaura el matrimonio bendecido por dios, haciendo que recobrase su primitivo ideal de unidad e indisolubilidad y elevándolo a la dignidad de sacramento.

---

18 Suma Teológica. Traducción de Vara Aparicio. Tomo I, Pág. 202.

San Pablo resalta el carácter religioso del matrimonio, exigiendo que se contraiga en el señor, en el enuncia su indisolubilidad como precepto del señor, la elevada dignidad y santidad del matrimonio es símbolo de la unión de cristo con su iglesia.

Como propiedades esenciales del “ Matrimonio Canónico “, se encuentra su unidad e indisolubilidad, la unidad significa que éste puede realizarse por “ uno solo con una sola “, de aquí la declaración de que los esposos son una sola carne.

La iglesia ha sostenido la indisolubilidad del matrimonio, en el **Concilio de Trento**, se ratificó el carácter sacramental del matrimonio, en el que se ordena necesariamente la intervención del párroco y la celebración del matrimonio **In Facie Ecclesiae**; los esposos después de tres publicaciones efectuadas en tres días festivos y con la presencia de los fieles congregados por el oficio de la misa, durante ésta, deben comparecer ante el párroco, quien en presencia de dos o tres testigos los une y bendice la unión extendiendo la partida correspondiente.

La indisolubilidad perpetúa al matrimonio durante la vida de los esposos hasta que la muerte los separe, ya que lo que Dios ha vinculado, el hombre no lo puede separar.

El canon 1013, consignaba una doble finalidad del matrimonio, una primaria como lo es, la procreación de la prole, su educación y la ayuda mutua.

El Derecho Canónico destaca como elemento fundamental en el matrimonio, la relación sexual de los cónyuges, mientras ésta no exista el matrimonio no se ha consumado.

La anterior indicación no toma en cuenta los matrimonios *in extremis*, ya que éstos se celebran en aquellos casos cuando uno de los contrayentes va a morir.

Esmein dice que en el fondo, el matrimonio es la unión sexual del hombre y de la mujer elevada a la dignidad del contrato por la ley y del sacramento por la religión. <sup>19</sup>

En el mismo matrimonio religioso, hay ciertos efectos civiles separables del vínculo matrimonial cuya regulación es competencia directa del fuero civil, como lo relativo a la administración de los bienes de los cónyuges.

Para que la administración y recepción del sacramento del matrimonio sea válida, se requiere que los contrayentes estén bautizados y estén libre de impedimentos.

El Antiguo Testamento hace referencia al Matrimonio y lo establece en que el hombre y la mujer llegarán a ser los dos una sola carne y le da al mismo un carácter de unidad e indisoluble.

---

<sup>19</sup> Esmein *Le Mariage en Droit Canonique*. Torno 1 págs.83 y 84.

La Santa Iglesia, su principal misión es santificar las almas y hacerlas participes de los bienes del orden sobrenatural. Sin embargo se preocupa con solicitud de las exigencias del vivir diario de los hombres, no sólo en cuanto al sustento y sus condiciones de vida, sino también cuando hay prosperidad y a la cultura en sus múltiples aspectos.

El Derecho Canónico, no conoce la distinción entre matrimonio inexistentes, nulos o anulables, ya que el derecho canónico, el concepto de nulidad comprende el concepto de nulidad como la inexistencia del acto.

El Derecho canónico establece el principio de que el matrimonio declarado nulo, puede producir efectos como si hubiese sido válido, a favor del cónyuge o de los cónyuges que lo han celebrado de buena fe.

Para que un matrimonio sea lícito se requiere estar libre de impedimentos, es decir, que sólo prohíben pero no invalidan el matrimonio, pero esta deficiencia puede ser convalidada mediante la revalidación simple o la subsanación en la raíz, la parte que descubrió la existencia del impedimento u obtuvo su dispensa puede ratificarlo.

**El Codex Iuris Canonici**, permite la ratificación pública o secreta del consentimiento, según haya sido público u oculto el impedimento, puede resultar infamante la ratificación pública del matrimonio si el impedimento susceptible de dispensa al ser conocido públicamente produjera conceptos socialmente vergonzosos, la subsanación en la raíz se concede por el estado de gracia, pero para que se otorgue se requiere que subsista el consentimiento de ambas partes, o si no existió válidamente otorgado en el momento de la celebración del matrimonio, que se preste exento de vicios al otorgarse la subsanación en la raíz, la *sanatio in radice*, sólo puede ser concedida por la sede apostólica.

El consentimiento en el matrimonio canónico, establece " Que es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio ", dicho consentimiento debería de tener los siguientes requisitos:

- a) Verdadero o Interno.
- b) Libre interno ( Sin condicionamientos internos ).
- c) Libre externo ( no exista miedo ).
- d) Deliberado.
- e) Intencionado.
- f) Positivo.
- g) Definido en cuanto a la identidad de la persona.
- h) Bilateral, mutuo y recíproco.
- i) Manifestado mediante signo sensible que sea inequívoco.

El Matrimonio naturalmente válido en el derecho canónico, nace del acuerdo de voluntades intrínsecamente consideradas de los contrayentes, por lo tanto, el matrimonio para el **Codex Iuris Canonici** es un contrato. un simple acuerdo de voluntades que se convierte en un vínculo perpetuo y exclusivo sobre las personas de los contrayentes, merced al carácter sacramental que la iglesia otorga

solemnemente en el acto de la celebración a la voluntad de las partes.

La doctrina canónica calificó a los impedimentos, como aquellas circunstancias que se oponen a la validez o licitud del pacto conyugal, establece como impedimentos el del orden sagrado y de profesión religiosa, establece que están imposibilitados para contraer matrimonio, aquellas personas que han recibido las ordenes sagradas y establecían como impedimento a los que están vinculados por voto público perpetuo de castidad en un instituto religioso y en el caso de que un católico se una con un no bautizado.

Los impedimentos, son aquellos en donde la autoridad del lugar prohíbe en un caso particular el matrimonio a sus propios súbditos, donde quiera que residan y a todos los que de hecho moren dentro de su territorio, pero sólo temporalmente, por causa grave y mientras esta dure.

Son impedimentos dirimentes los que se refieren a la edad, de impotencia, de vínculo, de disparidad de cultos, de orden sagrado, de voto, de raptó, de crimen, de consanguinidad, de afinidad, de pública honestidad, de parentesco legal.

Según Metz, la evolución de la nulidad canónica, encuentra como causa de nulidad el defecto de consentimiento o de forma canónica del contrato matrimonial, o en segundo o tercer grado el de consanguinidad no dispensado, un matrimonio no puede existir sin consentimiento y que una restricción contra la sustancia del matrimonio lo hace nulo. 20

Juan Pablo II, afirma que la familia ha sufrido muchas transformaciones amplias, en la actualidad existen muchas familias que permanecen fieles a los valores de la institución familiar y otras familias se sienten inciertas, desanimadas de cara a su cometido e incluso en estado de duda o de ignorancia respecto al significado último y a la verdad de la vida conyugal y familiar.

Agrega que la Iglesia, consciente de que el matrimonio constituye uno de los bienes más preciosos de la humanidad y señala que la iglesia ofrece su servicio a todo hombre preocupado por los destinos del matrimonio de la familia

### **2.1.7.1 Conceptos de Derecho Religioso.**

#### **a) Derecho Canónico.**

\* El matrimonio es el vínculo creado por la voluntad de los esposos, ya que su libre consentimiento es el que genera la relación matrimonial, pero su consagración ante la iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento y el sacramento ha sido instituido por dios y dios mismo sanciona la unión.

---

20 Metz- Jean Schlich, *Matrimonio y Divorcio*, Ediciones Sígueme, Salamanca 1974.

\* Colección de leyes y reglas dictadas por los primeros pastores de la iglesia, especialmente por el romano pontífice para mantener el orden, el decoro del culto divino y la pureza de las costumbres de los fieles.

Según el Código del Derecho Canónico, " Es la alianza matrimonial que el varón y la mujer constituyen entre sí, un consorcio de toda la vida, al bien de los cónyuges, a su generación y la educación de la prole ".

### **2.1.8 Matrimonio civil solemne.**

El matrimonio civil se celebra con festividades sociales a los que los contrayentes, familiares y círculo de amigos conceden normalmente importancia, las religiones de todos los tiempos y las costumbres sociales han considerado la celebración del matrimonio como un acto trascendente, quizá de los más importante en la vida de las personas.

A partir de entonces y mediante el registro de los matrimonios que se efectuaban con las solemnidades que la iglesia estableció, fue fácil distinguir las simples uniones de hecho o concubinato y los matrimonios legalmente eficaces.

Las galas en la vestimenta, principalmente de la desposada, flores, música, desfiles, escencias y todo tipo de rituales acompañan a la ceremonia, distinta según cada costumbre y semejantes en su esencia.

Los vestidos y los velos blancos simbolizaban la pureza, o sea la virginidad de la mujer, la costumbre de que el novio levante en brazos a la desposada al cruzar el umbral de la morada conyugal es un vestigio de lo años anteriores, la novia había rechazado a los dioses del hogar paterno e iba ofrendar por primera vez tributo a los dioses del marido, sus pies no debían pisar el umbral, sino se le depositaba a los antepasados su nueva familia, que en este caso era el esposo.

Fue en el Concilio de Trento, en el año de 1563, cuando la Iglesia Católica resolvió que el matrimonio para tener eficacia, debía celebrarse en presencia del párroco del domicilio de los contrayentes a partir de entonces y mediante el registro de los matrimonios que se efectuaban con las solemnidades que la iglesia estableció, fue fácil distinguir las simples uniones de hecho o concubinato, de los matrimonios legalmente eficaces. 21

---

21 En derecho canónico ( canón 1100 ), es sacerdote después de recibir las declaraciones de los contrayentes en el sentido de que pretenden contraer matrimonio entre sí, los uno en legítimo matrimonio. Las canonistas discuten si esta declaratoria del párroco se ajusta enteramente al sistema tradicional del derecho canónico en que el celebrante es sólo un testigo calificado y conforme el cual sistema, el sistema, el vínculo matrimonial se forma por el sólo intercambio de los que da fe el sacerdote ( véase ARTURO CARLO JEMOLO, *EL MATRIMONIO*, Buenos Aires, 1954, página 253.

La costumbre en el matrimonio por raptó, era que la novia no entra por su propia voluntad a la casa del cónyuge, sino que es trasladada físicamente por el esposo, al ser raptada.

Todas las costumbres en las ceremonias sociales tiene su origen en formas de vida del pasado, la ceremonia de contraer matrimonio es normalmente un acto solemne, con solemnidad social o religiosa no necesaria como acto jurídico solemne.

El matrimonio es un acto jurídico solemne cuando la ley exige ciertas formas llamadas solemnidades como requisito de existencia del mismo.

Nuestro derecho positivo, considera al matrimonio un acto solemne y consiste en la solemnidad en que forzosamente tiene que realizarse frente al Juez del Registro Civil, en que éste preguntará a los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y ante la respuesta afirmativa de ambos, declarar en nombre de la ley y de la sociedad que los contrayentes han quedado unidos en legítimo matrimonio, acto seguido se levantará el acta y debe ser firmada por los consortes y el Juez cuando menos.

### **2.1.9 Matrimonio consensual moderno.**

Es aquel creado por el mutuo consentimiento de las partes contrayentes, cuya validez no depende de ceremonia alguna, bien sea de tipo civil o religioso.

La concepción del matrimonio como contrato, tiene su origen en el derecho canónico, en forma más que imprecisa en el siglo VII y de manera definitiva en el siglo XVIII.

El pueblo judío, combina recíprocamente los dos elementos, como el civil y religioso

Es una creación de los jueces de los Estados de la Unión Americana, de ahí su denominación **common law marriage**.

El **common law marriage** tiene su origen en el famoso caso Fenton Vs Reed decidido por el Tribunal del Estado de Nueva York en el año de 1809, al afirmarse para que exista un matrimonio no es necesaria la celebración formal del mismo.

Un contrato de matrimonio celebrado verbalmente equivale a un matrimonio formal y es tan válido como si se hubiese perfeccionado **en facie eclesial**.

En la actualidad el **common law marriage** ha perdido vigencia, subsistiendo sólo en 18 de los 50 Estados que comprenden el sistema federal de los Estados Unidos de América.

Los Estados que consagran la validez de este tipo de matrimonio lo hacen a pesar de que en sus respectivas jurisdicciones rigen estatutos que requieren la obtención de una licencia antes de contraer matrimonio y su celebración ante funcionario autorizado.

En ausencia de una disposición que declare nulo el matrimonio consensual, los tribunales de estos Estados justifican su posición de apoyo al common law marriage, calificando esos requisitos como meramente directorios y no preceptivos.

En Estados como Oklahoma, la Ley dispone que “ ninguna persona podrá contraer matrimonio, ni officiar o celebrar la ceremonia matrimonial sin solicitar y obtener con anterioridad un permiso del Estado, todo matrimonio tiene que ser perfeccionado mediante ceremonia formal efectuada por un juez en presencia de dos personas adultas que actuarán como testigos.

A través de la jurisprudencia, se puede vislumbrar tres modalidades del matrimonio consensual:

- a) La que expresa el perfeccionamiento del vínculo matrimonial es suficiente el intercambio de consentimiento manifestado oralmente o por escrito, entre un hombre y una mujer que no están impedidos para contraer matrimonio.
- b) La que postula que para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial no basta el acuerdo de voluntades manifestado oralmente o por escrito, sino que es indispensable la convivencia como marido y mujer.
- c) La que señala que para el perfeccionamiento del vínculo matrimonial se requiere además del consentimiento y la convivencia, que la comunidad en donde la pareja vive los considere como matrimonio.

Una vez perfeccionado el matrimonio, los contrayentes tiene iguales derechos y obligaciones, como si hubieren contraído matrimonio formal y el vínculo sólo puede disolverse por declaración judicial en acción de divorcio o por muerte de uno de los cónyuges.

Las razones de este tipo de matrimonio, son dos:

- 1) Salvaguardar la legitimidad de los hijos.
- 2) La integración del patrimonio de familia.

### **2.2 Concepto.**

La palabra Matrimonio deriva de la voz latina “ Matrimonium “, que significa “ carga de la madre “, el significado lleva implícito el peso de la maternidad, el cuidado de los hijos y la organización del hogar.

**a) Biológico.**

Es la relación estable de cohabitación sexual domiciliar entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución educativa de la prole que pueda surgir.

**b) Jurídico.**

**I) Modestino:** Nuptiae Sunt Coniunctio Maris Et Feminae Consortium Omnis Vitae, Divini Et Humani Iuris Communicativo ( D:23.3, I). Las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el derecho divino y humano.

**II) Justiniano:** Nuptiae Autem Sive Matrimonium Est Viri Et Mulieris Coniunctio Individuam Consuetudinem Vitae Continens. Nupcias o Matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene el propósito de vivir en comunidad indisoluble.

**III) Desde el punto de vista canónico,** estima que el “ Matrimonio “ es un sacramento de la Nueva Ley que confiere gracia para sacrificar la legítima unión entre el varón y la mujer, para engendrar, educar pía y sanamente la prole.

**IV) Carlos José Álvarez.** lo define como “ La unión legítima e indisoluble del hombre y la mujer, con el fin de procrear, alimentar, educar a sus hijos y auxiliarse los esposos recíprocamente en la vida “.

**V) Joaquín Escribche:** “ La sociedad legítima del hombre y la mujer, que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte “.

**VI) Contrato Solemne regulado exclusivamente por las leyes civiles,** por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mutuo auxilio, procreación y educación de los hijos.

**VII) Es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado,** ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

**VIII)** Es la forma legal constituir de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total, permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley.

**IX)** Es la forma legal de constituir la familia a través de la unión de dos personas de distinto sexo que establecen entre ellas una comunidad de vida regulada por el derecho.

**X)** Es una situación general permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

**XI)** Es la unión matrimonial de un hombre y de una mujer derivada únicamente de su libre consentimiento.

**XII)** Rodolfo Rivarola lo define como, " La unión del hombre y la mujer en una comunidad de vida, destinada a la formación de la familia, precedida de la manifestación del consentimiento, por el acto jurídico de la celebración ante el oficial del Registro Civil ".

**XIII)** Juan Carlos Loza. lo define como " La institución jurídica formal de orden público, fundada sobre el consentimiento mutuo, en que dos personas de diferente sexo unen perpetuamente sus destinos para los fines de la procreación de la prole, la educación de los hijos y la asistencia mutua, sometida al estatuto legal que regla sus relaciones ".

**XIV)** Prayones, lo define como " La institución social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie, los fines materiales y morales necesarios al desarrollo de la personalidad ".

**XV)** Arias, lo define como " La unión permanente, exclusiva, lícita del hombre y la mujer ".

**XVI)** Busso, lo define como " La unión solemne de un hombre y una mujer, tendiente a construir una plena comunidad de vida y regulada por el derecho ".

**XVII)** Salvat, lo define como, " La unión de hombre y la mujer autorizada por la ley ".

**XVIII)** Borda, señala que es " La unión del hombre y la mujer para el establecimiento de una plena comunidad de vida ".

**XIX)** Eppstein, dice “ Es la unión de la pareja con la intención de constituirse en tronco de familia, manifestada de conformidad a las disposiciones legales en vigencia, o de las costumbres y ritos religiosos locales en su defecto “.

**XX)** Spota, lo define como “ El acto jurídico complejo que surge en virtud de que el hombre y la mujer declaran su voluntad de unirse a fin de constituir una familia legítima, siguiendo a estas declaraciones la del oficial público, hecha en nombre de la ley, por lo cual los declara marido y mujer “.

**XXI)** Mazzinghi, lo define como “ La comunidad de vida, establecida entre dos personas por libre decisión de su voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos, educarlos y de asistirse recíprocamente “.

**XXII)** Lagomarsino, lo define como “ La institución social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole “.

**XXIII)** Es la unión de dos personas de sexo diferente, contraído con ciertas formalidades solemnes.

**XXIV)** Es un acto bilateral solemne, en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo, una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneamente derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes.

**XXV)** Sara Montero Duhalt, lo define como “ La forma legal de constituir la familia a través del vínculo jurídico, establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total, permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley “.

**XXVI)** El Código Civil de 1870, definía al matrimonio de la siguiente manera “ Es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y de ayudarse a llevar el peso de la vida “.

**XXVII)** El Código Civil de 1884 definía al matrimonio como “ La sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculos indisolubles para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida “

**XXVIII)** La Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, lo definía de la siguiente manera “ El Matrimonio es un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida “.

**XXIX)** Para Edgard Baqueiro, “ El Matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo “.

**XXX)** El Código Civil Vigente para el Distrito Federal, define al Matrimonio como “ la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre responsable e informada “.

### **2.3 Naturaleza Jurídica.**

La abstracción conceptual del matrimonio implica la revisión de diversos conceptos a él vinculados, como la voluntad de los contrayentes, los diversos momentos y hechos históricos que van determinándolo en el tiempo y conforman la explicación sobre su naturaleza jurídica.

En todo los casos del matrimonio celebrado, el papel de la voluntad de los contrayentes ha sido determinante; no así en otros sistemas, ajenos al nuestro, en los que se dan casos como los de los matrimonios por venta de la mujer, raptó y del acuerdo de los progenitores.

En los sistemas jurídicos occidentales ha sido siempre indispensable la manifestación de la voluntad de los contrayentes ante el ministro de la iglesia o el oficial del registro civil, esta circunstancia ha llevado a concluir que el matrimonio es un acuerdo de voluntades y por lo tanto constituye un matrimonio.

#### **2.3.1 Acto Jurídico complejo.**

El Matrimonio como acto jurídico, se discute si se trata de un simple acto bilateral o si la intervención del oficial del registro civil en su celebración lo convierte en acto complejo.

La duda es como consecuencia de su actuación, no se limita a recibir las declaraciones del consentimiento de los esposos, sino que además pronuncia en nombre de la ley que queden unidos en matrimonio.

El carácter de acto jurídico afirmado en Italia, por Vasalli, de Ruggiero y que lo acepta Messineo, encuentra su justificación porque se forma con el concurso de las voluntades particulares de los contrayentes y de la voluntad del Estado.

Spota, dice que es un acto jurídico complejo, porque la perfección del matrimonio depende, no sólo de una o varias declaraciones de voluntad que se hallan en un pie de igualdad jurídica, si no también de la declaración de voluntad que actúa en un plano distinto al de quién o quienes formulen aquellas declaraciones, esta última voluntad no sería un sentimiento de aprobación o autorización, sino una declaración de voluntad que integra el acto.

### 2.3.2 Contrato.

La concepción contractual civil se remonta a las opiniones de los canonistas disidentes, quienes sustentaban la idea de la separabilidad entre contrato y el sacramento, esta concepción fue elaborada en Francia y constituyó la base para considerar al Matrimonio como contrato civil en la constitución de 1791.

Algunos teólogos de los siglos XV y XVI sostenían la separabilidad entre el sacramento y el contrato de matrimonio, los filósofos del siglo XVIII ( Montesquieu y Voltaire ), resolvieron separar el contrato del sacramento, sometiendo al primero a la ley civil y dejando al segundo a la iglesia.

Pothier calificaba al Matrimonio de contrato y lo señalaba como el más excelente y antiguo de todos ellos, excelente por ser el que más interesa a la sociedad civil y antiguo por haber sido el primero realizado entre los hombres.

En el Siglo XIX, los autores lo catalogaban como contrato, entre ellos Huc hacía distinciones entre contratos relativos a las cosas y contratos relativos a las personas como el matrimonio y la adopción, cuyas diferencias son las distintas reglas sobre el dolo, in admisibilidad de plazo o condición, diversos modos de extinción, la no admisibilidad de promesa obligatoria a celebrarlos.

Baudry- Lacantiere, aclaraban que al considerarlo como contrato no implicaba someterlo a las reglas generales sobre las convenciones establecidas para actos relativos a la esfera de los intereses pecuniarios.

Jemolo dice que en caso del matrimonio dominarían los principios fundamentales establecidos por el legislador respecto de los contratos, sin perjuicio de la irrenunciabilidad de los derechos que de él nacen y de la inderogabilidad de los particulares de las normas que lo regulan.

Barassi cree que el Código Civil acoge el carácter contractual admitido por el derecho canónico, ya que el Artículo 1321, cuando define a los contratos, lo hace en relación a los que crean obligaciones patrimoniales y sin perjuicio de que subsistan contratos destinados a constituir, regular o extinguir relaciones no patrimoniales; entre ellos se encontraría el matrimonio, que es contrato de derecho familiar, que es una forma de contrato de adhesión.

Degni se adhiere a la concepción contractual, pero con la limitante de que por tratarse de un contrato de derecho familiar no puede ser regulado por las normas de los contratos, sería contrato por su origen, pero su estructura ligada íntimamente a los fines sociales que el matrimonio se propone, lo distinguiría de todos los demás contratos y la ley pone los límites a la autonomía de la voluntad de los contrayentes.

Bertola, afirma que el matrimonio tiene carácter sustancial de contrato, es decir, de institución estructuralmente constituida por el acuerdo de dos partes para dar vida a una relación jurídica entre ellas, aun cuando se distinga de todos los demás contratos por la solemnidad y de las formas requeridas para su perfeccionamiento y por la exclusión de tal autonomía.

*En España, la tesis contractual es sostenida por LACRUZ* quién ve en el acto del matrimonio, un acuerdo de voluntades entre los cónyuges, que no está privado de carácter contractual por la circunstancia de que sus consecuencias estén marcadas rigidamente por la ley, ya que dicha limitación de la autonomía de la voluntad no la considera con la noción del contrato.

En México, cuando se adoptó esta teoría se hace referencia a la ley que fundó en México las oficinas del Registro Civil y reglamentó esta institución.

La teoría del matrimonio como Contrato Civil, fue elevada a la categoría de ley constitucional y llegó a incorporarse al texto de la Constitución General de la República de 1857, en el que se señalaba al Matrimonio como un Contrato Civil, este y los demás actos del Estado Civil de las personas, son competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.

*La Ley del Registro Civil de fecha 27 de Enero de 1857, señalaba que una vez celebrado el sacramento ante el párroco, previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el oficial del estado civil a registrar el Contrato de Matrimonio y este será registrado dentro de las cuarenta y ocho horas después de celebrado el sacramento.*

Bajo la influencia de la Revolución Francesa, Benito Juárez el 23 de Julio de 1859 publicó el decreto que señalaba que el Matrimonio es un Contrato Civil que se contrae lícita, válidamente ante la autoridad civil y para su validez bastará que los contrayentes previas las formalidades que establece esta ley, presenten libremente su voluntad de unirse en matrimonio.

En el Imperio de Maximiliano, se promulgó el 1 de Noviembre de 1863 la Ley del Registro Civil y en su artículo 24 señalaba:

“ Los que hagan declaración de que son católicos y cuya declaración se hará constar en el Registro de presentación no están exentos por el acto civil de contraer matrimonio, conforme a las prescripciones de la religión del Estado y deberán además cumplir con los demás requisitos que se exige para el Contrato Civil y presentar la constancia de haber

llenado ante su párroco, todas las condiciones requeridas por la iglesia católica para recibir el sacramento de matrimonio “.

El 14 de diciembre de 1874, se publicó el decreto de la Ley Orgánica del artículo 2 de la Constitución Mexicana, en el que se señala que el matrimonio:

“ Es un contrato civil y todos los demás actos que fijan el estado civil de las personas, son de las exclusivas competencias de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos por las leyes, que tendrán la fuerza y validez que las mismas le atribuyan “.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884, no hacen un señalamiento al matrimonio como un contrato, ya que la Ley Orgánica de 1874, le dio al matrimonio el carácter de contrato en la ley suprema jerárquica.

La Constitución de 1917 en su Artículo 130, definió al matrimonio como:

“ Contrato Civil, todos los actos del Estado Civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes, que tendrán la fuerza y validez que las mismas le atribuyan “:

La Ley de Relaciones Familiares de 1917, en su Artículo 13 definía al matrimonio como:

“ Un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer y la de haber quedado unidos, que hará el juez en nombre de la sociedad “.

El Código Civil del 30 de agosto de 1928 promulgado por Plutarco Elías Calles, que entró en vigor el 1 de octubre de 1932, quedó proyectada la idea Constitucionalista, cuyo artículo 178 señala lo siguiente:

“ El Contrato de Matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de la sociedad conyugal o bajo la separación de bienes ”.

El matrimonio es auténticamente un contrato, pero de naturaleza peculiar, ya que le ha dado el nombre de contrato mixto, de adhesión, de contrato solemne o contrato sui generis.

Por lo tanto el Matrimonio es un contrato solemne de derecho de familia y de interés público que hace surgir entre los que contraen el estado civil de casados todos los derechos y obligaciones determinados por el orden jurídico.

### **2.3.3 Estado civil.**

El matrimonio establece entre los sujetos una comunidad de vida total, permanente, se le da el nombre así, porque crea una situación de carácter permanente en la que se encuentra un sujeto en relación con la nación, con los miembros de su familia o con el grupo social en que vive.

El estado civil de casados es la situación de los consortes frente a la familia y frente a la sociedad, este estado civil sólo puede cambiarse mediante las formas de extinción del matrimonio que son: la muerte, la nulidad o el divorcio, mientras no se de este supuesto el estado de casado no se extingue.

### **2.3.4 Institución Jurídica.**

Tuvo su desarrollo a principios del siglo XX, enfrentándose a la concepción del matrimonio como contrato civil, se le considera al matrimonio como una institución social fundada en el consentimiento de las partes, con su naturaleza, carácter y extensión de obligaciones que corresponden al fin de una institución.

Charles Lefebure, dice que “ El matrimonio es una institución que no pertenece principalmente al orden jurídico de los contratos, porque no se permite a los contrayentes estipular como verdaderos contratantes ”.

El desarrollo de la teoría iba a producirse a través de **HAURIOU**, el cual relacionaba la Teoría de la Institución con la indisolubilidad del matrimonio, afirmando que la consecuencia de la concepción contractual es la disolubilidad del vínculo por todo incumplimiento grave de uno de los esposos.

Renard, expuso que la familia es una institución del matrimonio, el acto de su fundación se refiere al matrimonio como institución, propugnando su indisolubilidad.

Bonccase, afirmó que “ El matrimonio es una institución jurídica, porque es un conjunto de reglas de derechos esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar la unión de los sexos y la organización social y moral de la familia “.

Reconoció que el “ término “ de matrimonio lo designa a la institución jurídica que comprende el conjunto de las reglas que presiden la organización social de la unión de los sexos y de la familia natural, como al acto jurídico que se concreta a la celebración de esta unión ante el oficial del registro civil y cuyo único objeto es la adhesión de los interesados a la institución jurídica del matrimonio.

En España, el carácter de institución de matrimonio fue afirmado por **GIMÉNEZ FERNÁNDEZ**, definiendo a la institución como un sistema de vinculaciones jurídicas preestablecidas en orden a una finalidad públicamente conocida, al que liberalmente prestan su adhesión a las personas capaces de ello, obligándose a su incumplimiento respecto del copartícipe cuya libre acción le compete.

El Código Civil de las Islas Filipinas de 1949 en su artículo 52 señala que el matrimonio no es un mero contrato, si no una institución social inviolable.

En Francia se cita la tesis institucional del matrimonio en una obra, publicada en Lyon en 1877.

La institución es un conjunto de normas de carácter imperativo que regula un todo orgánico, persigue una finalidad de interés público. el matrimonio está regulado como un todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil y en lo relativo a las actas de Registro Civil, en esas normas se establecen los diferentes aspectos del matrimonio: requisitos para contraerlo, derechos y deberes derivados del mismo, que surgen con independencia de la voluntad de los sujetos, emanados directamente de la ley en forma imperativa, los requisitos para contraer matrimonio tienen que ser forzosamente cumplidos y si por alguna circunstancia se incumplen el matrimonio estará afectado de nulidad, ya sea absoluta o relativa y en algunos casos de excepción, el incumplimiento de ciertos requisitos no acarreará la nulidad, sino solamente se declarará que el mismo es ilícito, pero no nulo.

Una vez contraído el matrimonio, nacen para los cónyuges ciertos derechos y deberes recíprocos derivados directamente de la ley, por ser el matrimonio una auténtica institución jurídica en la que la voluntad de los sujetos es inoperante en este sentido.

El matrimonio no es rescindible por incumplimiento, únicamente dará lugar a la acción de divorcio, cuando la conducta de uno de los cónyuges incumple los deberes matrimoniales, estamos enfrente de una causal de divorcio.

## **2.4 Constitución del Matrimonio.**

Tres son las elementos que deben de constituir el Contrato de Matrimonio;

### **1) Elementos de Existencia.**

Son los elementos que debe tener un acto jurídico para ser contrato, de manera que la ausencia de cualquiera de estos elementos impide que exista el contrato.

Tal y como lo menciona el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento.
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.
- III. Solemnidad.

### **2) Elementos de Validez.**

Son los elementos que debe tener un contrato, para no estar afectado de nulidad, de manera que la falta de cualquiera de los elementos hace que el contrato en cuestión resulte privado de efectos jurídicos.

Tal y como se desprende del Artículo 1795. los Elementos de Validez son:

- I. Capacidad.
- II. Ausencia de vicios.
- III. Objeto, motivo o fin lícito.
- IV. Formalidad.

### **3) Elementos de eficacia.**

Es el elemento que la ley requiere para que un contrato ya existente, pueda producir efectos jurídicos cuyo elemento es la legitimación para contratar que la ley exige en cada una de las personas que celebran un determinado contrato.

#### **2.4.1 Elementos que deben constituir el matrimonio.**

##### **a) Elementos de Existencia.**

###### **I. Sujetos.**

- a) Hombre ( Cónyuge ).
- b) Mujer ( Cónyuge ).

Son sujetos aptos para contraer matrimonio, todos aquellos que pueden lograr los fines de la institución del matrimonio, o sea todos los hombres y mujeres desde el momento en que engendran al hijo, lo cual es posible desde la pubertad.

Los sujetos deben ser capaces de expresar su voluntad al formar el pacto conyugal, que es la causa eficiente

###### **II. Consentimiento.**

El libre consentimiento de los contrayentes no puede ser suplido ni por el ordenamiento jurídico, ni por la voluntad de los padres de los contrayentes, sólo estos pueden expresar la voluntad libre que al coincidir con la del otro cónyuge crea como causa eficiente el vínculo matrimonial.

El consentimiento debe versar sobre la materia misma del matrimonio, o sea, los cónyuges que deban querer la unión matrimonial recíproca. Esa unión tiene por objeto que tanto " El varón y la mujer " vivan su vida conyugal, o sea, las potencias naturales en cuanto se relacionan con los fines del sexo.

Como acto jurídico bilateral requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges, esta doble voluntad se manifiesta, primero en la solicitud de matrimonio que se presenta ante el juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los pretendientes y el segundo momento se da en la ceremonia misma de la boda al contestar " sí ", en este segundo momento se configura realmente el consentimiento.

La voluntad se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial.

El Matrimonio es por excelencia un acto libre, aún habiéndose expresado previamente la voluntad por escrito a través de la solicitud de matrimonio, es necesario ratificar la misma, verbalmente y frente a la autoridad que es el Juez del Registro Civil.

Los menores de edad para contraer Matrimonio deben tener la edad requerida que el Artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal señala que dice para " Su consentimiento lo dará quienes ejerzan la patria potestad o en su defecto la tutela, a falta o negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

Pero en caso de quien ejerza la patria potestad o el tutor que ha prestado su consentimiento, firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el juez del Registro Civil no puede revocarlo después, a menos que haya causa justa para ello.

Este procedimiento se realiza, conforme al Artículo 100 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

" Al Juez del Registro Civil a quien se presente una solicitud de matrimonio que llene los requisitos legales, hará que los ascendientes o tutores que deban prestar su consentimiento , reconozcan ante él y por separado sus firmas ".

Si el Juez de lo Familiar que hubiere autorizado a un menor para contraer matrimonio, no podrá revocar el consentimiento, sino por causa superveniente.

Si el que ejerce la patria potestad o el tutor que ha firmado o ratificado la solicitud de matrimonio falleciere antes de que se celebre, su consentimiento no puede ser revocado por la persona que en su defecto tendría el derecho de otorgarlo, pero siempre que el matrimonio se verifique dentro del término de 8 días siguientes en el lugar, día y hora que señale el Juez del Registro Civil.

#### **Matrimonio entre-ausentes.**

Es posible que el consentimiento matrimonial se exprese sin que uno de los cónyuges o ambos estuviese presentes frente al Juez del Registro Civil en el momento de la celebración, se trata del matrimonio llevado a través de un mandato.

El Artículo 44 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal expresa que:

" Cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos ".

En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz.

Su naturaleza es especial, tal y como lo señala el Artículo 2553 del Código Civil para el Distrito federal, porque se refiere a un acto jurídico determinado el cual debe expresar la persona con quién el poderdante ha de contraer matrimonio, es decir, identificar a la persona con quién el mandante desea contraer matrimonio, el hecho de que sea un poder especial no excluye dentro del mismo instrumento pudieren otorgarse un poder general al mandatario para actos diversos.

En cuanto a la duración del mandato, debe mencionarse que la ley no establece limitación alguna a la vigencia, de tal forma que el Juez del Registro Civil no puede negar la representación que alguien ostente mediante un mandato que tuviere bastante tiempo de haberse otorgado.

Sin embargo, tomando en cuenta que para contraer matrimonio se necesita un certificado suscrito por un médico titulado que asegure la salud de los contrayentes, tal y como se desprende del Artículo 98, Fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal, cuyo certificado para tener validez debe ser reciente y es lógico pensar que el mandato conviene también que sea reciente.

Para que una persona pueda otorgar el mandato, se requiere que tenga catorce años la mujer y dieciséis para el hombre, pero en estos casos y hasta la mayoría de edad, se requiere de la presencia de sus representantes que deben dar su autorización para el matrimonio, en los términos de los artículos 149, 150 y 151 del Código Civil para el Distrito Federal.

La revocación antes de la celebración del matrimonio, extingue el mandato de tal forma que no se puede celebrar el matrimonio y en caso de que se celebre sería inexistente por falta de consentimiento.

Ahora bien, si el otro contrayente no conoce la revocación surge el problema para determinar si la revocación surte o no efectos, atento a lo que previene el artículo 2597 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

“ Que cuando se ha dado un mandato para tratar con determinada persona, el mandante debe notificar a ésta la revocación del mandato, so pena de quedar obligado por los actos del mandatario ejecutados después de la revocación, siempre que haya habido buena fe de parte de esa persona, este artículo señala que la revocación debe ser expresa y los que después de celebrado el acto no se inicia la vida en común, porque de iniciarse la vida en común y no haberse hecho conocer al otro contrayente de manera fehaciente la revocación, el matrimonio surte efectos “.

Pero si revocado el mandato sin haberse notificado al otro contrayente y sin haber vida en común debe declararse inexistente el matrimonio celebrado.

La muerte del mandante extingue el mandato por lo tanto el matrimonio que se celebrara ignorando la muerte del mandante, hace inexistente éste por falta de consentimiento, toda vez que no puede existir por parte de quien ha fallecido.

### **III. Objeto.**

El objeto del matrimonio consistirá en el hecho de que el obligado debe hacer o no hacer, tal y como se desprende del Artículo 1824 en su fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, al que debe agregarse a la responsabilidad de respetar.

El objeto del matrimonio debe ser posible y lícito, conforme al Artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal, significa que debe existir o ser compatible con la ley de la naturaleza o con la norma jurídica que debe regirlo necesariamente y en relación a lo segundo para ser lícito debe de estar de acuerdo con las leyes del orden público y las buenas costumbres.

El objeto del acto jurídico familiar, es crear un vínculo jurídico conyugal y un estado jurídico o comunidad de vida conyugal, de donde surgen los deberes, obligaciones, derechos y facultades conyugales que integran la relación jurídica.

El Artículo 162 establece el objeto del matrimonio y se da " Cuando los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente ".

### **IV. Solemnidad.**

Magallon Ibarra, señala que es necesaria la participación del Juez del Registro Civil para que se perfeccione el Acto Jurídico, por eso se menciona que la unión conyugal requiere la concurrencia simultánea de tres elementos circunstanciales, la voluntad de los pretendientes, la participación solemne del oficial del Registro Civil y la disposición legislativa que tanto apruebe la voluntad de los contrayentes y como autorice al funcionario y le otorgue la necesaria competencia para que su nombre haga la declaración relativa.

El Artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que con ella se exige.

Esta se da conforme al Artículo 102 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“ En la celebración del matrimonio deberán estar presentes, ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial, posteriormente el Juez del Registro Civil, leerá en voz alta la solicitud de matrimonio, los documentos que con ella se hayan presentado y las diligencias practicadas, se interrogará a los testigos acerca de si los pretendientes son las mismas personas a que se refiere la solicitud, en caso afirmativo, preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad unirse en matrimonio y si están conformes, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad “.

El Artículo 103 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

“ Deberá levantarse el acta de matrimonio, en los cuales se especifica los datos que debe contener el acta de matrimonio, el cual debe estar firmado por los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido y deberá ser suscrito también por el Juez del Registro Civil.

Requisitos del Acta de Matrimonio:

- I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.
- II. Si son mayores o menores de edad.
- III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres.
- IV. El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores o de las autoridades que deban suplirlo.

V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.

VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio y la de haber quedado unidos, que hará el Juez en nombre de la ley y la sociedad.

VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

VIII. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación y domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y si lo son, en qué grado y en qué línea.

Si el acta careciere de los datos a que se acaba de aludir, no sería una acta de matrimonio, no probaría que personas han contraído el vínculo, si faltan los nombres de los contrayentes, no establecería que es voluntad de los pretendientes unirse en matrimonio, si no contiene la mención expresa de las declaraciones de los que pretenden celebrarlo, no sería eficaz para probar la existencia del matrimonio, si no apareciere que el Juez del Registro Civil hizo la declaración de que se constituyó en ese acto el vínculo jurídico matrimonial, no quedaría integrado el documento, si no estuviera suscrito con las firmas del Juez del Registro Civil y la de ambos contrayentes.

Corresponde al Juez del Registro Civil autorizar el acto de matrimonio, la presencia del Juez del Registro Civil en el acto de matrimonio, no puede ser sustituida en manera alguna por otro funcionario, sólo realizadas ante dicha autoridad la voluntad de los cónyuges adquieren fuerza vinculatoria entre éstos.

Pero estas solas declaraciones de voluntad de los pretendientes aun emitidas en presencia del Juez del Registro Civil, no bastan por sí solas para crear el estado de matrimonio entre los pretendientes.

Es necesario que el funcionario emita a su vez, después de haber recibido las manifestaciones de voluntad de los contrayentes, la declaración de quienes pretenden contraer matrimonio, quedan unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

En conclusión, en cuanto al acto de matrimonio, la solemnidad consiste en;

- a) Se debe de estar en la presencia del Juez del Registro Civil.
- b) Las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben ser, emitidas ante dicho funcionario en el acto de la celebración del matrimonio.
- c) Debe existir la declaración del Juez del Registro Civil, de que quedan unidos en matrimonio.
- d) La redacción del acta de matrimonio debe levantarse en el mismo acto, por el Juez del Registro Civil precisamente en el libro IV del Registro Civil destinado a contener las actas de matrimonio.

**b) Elementos de Validez;**

**I. Capacidad.**

La capacidad jurídica es la aptitud que la ley reconoce a la persona para adquirir, tener derechos y obligaciones, que es la Capacidad de Goce.

El grado mínimo de capacidad de goce existe, tal y como lo marca el Artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal es:

“ Que nazca vivo dentro de veinticuatro horas o sea presentado vivo ante el Juez del Registro Civil, esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derechos de heredar, de recibir en legados o de recibir en donación, también es la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural “.

La capacidad de ejercicio es la posibilidad jurídica que tiene la persona de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

La incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, cumplir sus obligaciones, ejercitar sus acciones, de aquí la necesidad de que un representante sea quién haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él los actos jurídicos.

**Grados de la incapacidad de ejercicio.**

- a) El primero corresponde al ser concebido, pero no nacido en el cual necesariamente existe la representación de la madre o en su caso, de la madre y el padre.
- b) El segundo grado de incapacidad se origina desde el nacimiento hasta la emancipación, para los menores de edad existe incapacidad natural y legal, pero esta incapacidad es total, no pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones, necesitan siempre del representante para contratar, para comparecer en juicio, se exceptúan los bienes que el menor adquiera por virtud de su trabajo, ya que se le permite la capacidad jurídica para realizar actos de administración inherentes a esos bienes.
- c) El tercer grado de incapacidad corresponde a los menores emancipados en donde existe sólo incapacidad parcial de ejercicio, ya que puede realizar todos los actos de administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles sin representante, también puede ejecutar los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles, en cambio tiene incapacidad para comparecer en juicio, ya que requiere de un tutor tal y como se desprende del:

*Artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala “ Que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita cuando es menor de edad “.*

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II. De un tutor para negocios judiciales.

- d) Un cuarto grado de la incapacidad de ejercicio, corresponde a los mayores de edad privados de inteligencia o cuyas facultades mentales se encuentren perturbadas.

La incapacidad de estos mayores de edad, generalmente es total, es decir, para la validez de los actos jurídicos es el representante quien únicamente puede hacer valer los derechos y acciones del incapaz y celebrar los actos jurídicos de administración o de dominio, estos últimos con autorización judicial

El Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal señala la capacidad jurídica de las personas:

“ Se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código Civil “.

No debe confundirse la capacidad de ejercicio con la legitimación en general, consistente ésta en las condiciones especiales que la ley exige para adquirir y tener determinados derechos, o bien para ejercitar éstos.

Como elemento de validez se requiere para que no tenga una nulidad relativa, pero en ciertos casos estos matrimonios al carecer de este elemento no tendrán una nulidad, la excepción es la que marca el Artículo 237 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

*“ El Matrimonio entre el hombre o la mujer menor de edad, dejará de ser causa de nulidad cuando el menor hubiere llegado a los dieciocho años y ni él ni su cónyuge hubieren intentado la nulidad “.*

Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años, para tal efecto se requerirá el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad o en su defecto la tutela y a falta o negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento.

Pero en caso de quien ejerza la patria potestad o el tutor que ha prestado su consentimiento, firmando la solicitud respectiva y ratificándola ante el Juez del Registro Civil no puede revocarlo después, a menos que haya causa justa para ello.

Tienen incapacidad para contratar, aquellas personas con incapacidad natural y legal, en cuyo caso se encuentran los menores de dieciocho años de edad y aquellos mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y que no pueden gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio.

Tienen Incapacidad Natural y Legal, conforme al Artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad irreversible o 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, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, esto conforme al Artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal.

También el Artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que son restricciones a la capacidad de ejercicio:

“ La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representante ”.

Conforme el artículo 635 del Código Civil para el Distrito Federal señala “ Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor ”.

El Artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala el procedimiento para que una persona sea declarado incapaz:

“ La declaración del estado de minoridad o de incapacidad por causas de enfermedad irreversible o 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, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez, luego que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor definitivo que corresponda conforme a la ley ”.

## **II. Ausencia de Vicios.**

Aunque exista el consentimiento en un contrato, puede ser deficiente por la falta de libertad, esto es por un vicio que afecte a la inteligencia ( error o dolo ) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad ( la lesión ).

Conforme al Artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal señala que " El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado con violencia o sorprendido por dolo ".

En el matrimonio sólo pueden darse dos de estos vicios: el error y la intimidación.

**a) Error de Identidad.**

Consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir, obviamente esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de apoderado.

No podrá alegarse error cuando el o la consorte no corresponden a lo que su pareja suponía respecto de sus cualidades o características.

Conforme al Artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal son causa de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.

El Artículo 44 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, expresa cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos.

En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante, dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz.

Su naturaleza es especial, tal y como lo señala el Artículo 2553 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que se refiere a un acto jurídico determinado y en el debe expresarse la persona con quién el poderdante ha de contraer matrimonio, es decir, identificar a la persona con quién el mandante desea contraer matrimonio, el hecho de que sea un poder especial, no excluye dentro del mismo instrumento pudieren otorgarse un poder general al mandatario para actos diversos.

Para que una persona pueda otorgar el mandato, se requiere que tenga catorce años la mujer y dieciséis el hombre, pero en estos casos y hasta la mayoría de edad, se requiere de la presencia de sus representantes que deben dar su autorización para el matrimonio, en los términos de los artículos 149, 150 y 151 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, si el otro contrayente no conoce la revocación surge el problema para determinar si la revocación surte o no efectos, atento a lo que previene el artículo 2597 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

“ Que cuando se ha dado un mandato para tratar con determinada persona, el mandante debe notificar a ésta la revocación del mandato, so pena de quedar obligado por los actos del mandatario ejecutados después de la revocación, siempre que haya habido buena fe de parte de esa persona, este artículo señala que la revocación debe ser expresa y los que después de celebrado el acto no se inicia la vida en común, porque de iniciarse la vida en común y no haberse hecho conocer al otro contrayente de manera fehaciente la revocación, el matrimonio surte efectos “.

#### **b) La Violencia.**

El Artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal, señala 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 ascendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Conforme al Artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal son impedimentos para contraer matrimonio:

VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio.

### **III. Objeto, Motivo o Fin Lícito.**

Son objeto de los contratos, conforme al artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal:

I. El hecho de que el obligado debe hacer o no hacer.

El hecho debe realizarse conforme a las leyes del orden público o a las buenas costumbres.

Las buenas costumbres significan:

“ La conformidad que debe existir entre los actos del ser humano y los principios morales “.

Además constituye un aspecto particular de orden público, ya que comprende la valoración fundamental de determinados modelos de vida e ideas morales admitidos en una determinada época y sociedad, en ellas influyen las corrientes de pensamiento de cada época, los climas, los inventos y hasta las modas.

Así el juzgador deberá valorar necesariamente el conjunto de principios ético-sociales que imperan en una sociedad al momento de declarar la nulidad de un acto por contravenir a las buenas costumbres.

La inmoralidad para que cause la nulidad del negocio, debe referirse a la situación que en el negocio se pretende crear, no es ilícito el negocio por el solo hecho de ser inmoral la situación que constituye el antecedente del acto mismo.

En el matrimonio, el motivo subjetivo que lo origina es el amor que se tienen los pretendientes y con la voluntad de éstos mueve la voluntad para decidir a contraer matrimonio como pareja.

Los fines del matrimonio podrán lograrse parcial o totalmente o quizás no lograrse, pero el objeto se obtiene en cuanto surge el vínculo jurídico conyugal y el estado jurídico, que generan los deberes, obligaciones y derechos obligaciones.

La licitud del matrimonio consiste en que el mismo se efectúe sólo entre las personas que no tienen prohibiciones legales para llevarlo a cabo, estas prohibiciones son siempre circunstancias en cuanto algunas condiciones de los individuos o en razón de no efectuarlo con ciertas y determinadas personas;

Conforme el Artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal enumeramos las causas por falta de objeto, motivo o fin lícito:

- I. La falta de edad requerida por la ley.
- II. La falta de consentimiento del que o los que deban ejercer la patria potestad, el tutor o el juez de lo familiar, es sus respectivos casos.
- III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa.
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna.
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.
- VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio.

VIII. La impotencia incurable para la cópula.

IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria.

X. Padecer algunos de los estado de incapacidad, natural y legal.

XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

XII. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado.

#### **IV. Formalidades.**

Cuando la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato, esto conforme al artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal.

La formalidad que se debe llevar a cabo en el matrimonio, se hace conforme el Artículo 97 del Código Civil para el Distrito Federal que dice " Las personas que pretendan contraer matrimonio, presentarán un escrito ante el Juez del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, que deben llevar los siguientes requisitos":

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación y domicilio de los pretendientes.

Cuando alguno de los pretendientes o los dos hayan sido casados, se expresará también el nombre de la persona con quien celebró el anterior matrimonio, la causa de su disolución y la fecha de ésta;

II. Que no tienen impedimento legal para casarse.

III. Que es su voluntad unirse en matrimonio.

Quando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación, si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

Además del escrito antes mencionado, también se debe acompañar los siguientes documentos, esto conforme al Artículo 98 del Código Civil para el Distrito Federal:

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 declaración de dos testigos mayores de edad que conozcan a los pretendientes y les conste que no tienen impedimento legal para casarse. Si no hubiere dos testigos que conozcan a ambos pretendientes, deberán presentarse dos testigos por cada uno de ellos;

III. 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 tiene obligación de expedir gratuitamente este certificado los médicos encargados de los servicios de sanidad de carácter oficial.

IV. El convenio que los pretendientes deberán celebrar con relación a sus bienes presentes y a los que se 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 pueden dejar de presentar este convenio, si aun los pretendientes carecen de bienes, pues en tal caso, versará sobre los que adquieran durante el matrimonio.

Si los pretendientes por falta de conocimiento no pueden redactar el convenio, tendrá obligación de redactarlo el Juez del Registro Civil con los datos que los mismos pretendientes le suministren.

V. 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.

VI. Copia de la dispensa de impedimento, si lo hubo.

Una vez que se dan estos requisitos, los pretendientes o los ascendientes o tutores que deben prestar su consentimiento, reconozcan ante él y por separado sus firmas tendran efectos jurídicos respecto del matrimonio.

En la celebración del matrimonio deberán estar presentes ante el Juez del Registro Civil, los pretendientes o su apoderado especial.

La formalidad que se debe de llevar ante el Juez del Registro Civil, es la de recibir las declaraciones de voluntad de los contrayentes, contenidas en la solicitud del matrimonio, las declaraciones de los testigos de identidad, que deben suscribir la solicitud respectiva en unión de los contrayentes y deberá sancionar el consentimiento de los contrayentes para el matrimonio, declarando públicamente en nombre de la ley y de la sociedad que existe el vínculo jurídico conyugal.

El Juez del Registro Civil actúa como fedatario público para cuidar la celebración del acto e interviene a la vez como representante del Estado para impartir a la unión conyugal y mediante la declaración solemne de los contrayentes han quedado unidos jurídicamente, con los derechos y obligaciones que corresponden a cada uno de ellos.

La celebración del matrimonio se perfecciona con la declaración del Oficial del Estado Civil, de manera que por si alguna razón cualquiera ( muerte o repentina enfermedad del oficial ), no se hace la declaración, no surge el matrimonio. 22

---

22 Jemolo A., Carlo. *El Matrimonio* traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, núm. 54, Pág. 160.

Se levantará el Acta de Matrimonio, el cual tendrá los siguientes requisitos, conforme al Artículo 103 del Código Civil para el Distrito Federal:

I. Los nombres, apellidos, edad, ocupación, domicilio y lugar de nacimiento de los contrayentes.

II. Si son mayores o menores de edad.

III. Los nombres, apellidos, ocupación y domicilio de los padres.

IV. El consentimiento de éstos, de los abuelos o tutores, o de las autoridades que deban suplirlo.

V. Que no hubo impedimento para el matrimonio o que éste se dispensó.

VI. La declaración de los pretendientes de ser su voluntad unirse en matrimonio, y la de haber quedado unidos, cuya designación la hará el Juez en nombre de la ley y la sociedad.

VII. La manifestación de los cónyuges de que contraen matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal o de separación de bienes.

VIII. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, ocupación, domicilio de los testigos, su declaración sobre si son o no parientes de los contrayentes y si lo son, en qué grado y en qué línea.

El acta será firmada por el Juez del Registro Civil, los contrayentes, los testigos y las demás personas que hubieren intervenido. en el acta se imprimirán las huellas digitales de los contrayentes.

La forma exigida por la ley hace que el contrato pueda ser invalido, tal y como se desprende del Artículo 1795 Fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal, pero si no se lleva a cabo esta formalidad sólo produce la nulidad relativa del contrato conforme al Artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal, pero sus actos producen provisionalmente sus efectos hasta que se declare su nulidad, conforme el Artículo 2227 del Código Civil para el Distrito Federal.

## **2.5 Consecuencias Jurídicas en el Matrimonio.**

El Matrimonio, como acto jurídico genera una relación jurídica, la cual genera un conjunto de deberes jurídicos conyugales.

Los efectos personales del matrimonio, están constituidos por un complejo de deberes y facultades situadas en la persona de cada uno de los cónyuges.

Los efectos del matrimonio que hacen al estado matrimonial se han dividido en:

- I. Efectos respecto de las personas de los cónyuges.
- II. Efectos respecto de los bienes de los esposos.
- III. Efectos respecto de las personas y bienes de los hijos.

El Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal establece las bases de las consecuencias jurídicas que nacen del matrimonio en cuanto a los cónyuges y a la letra dice “ los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente “.

### **2.5.1 En persona de los cónyuges.**

#### **I) Vida en común.**

Se refiere al deber de los cónyuges de vivir juntos en el domicilio conyugal y que exista la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines objetivos del Matrimonio.

Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales, tal y como lo señala el Artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia entiende al domicilio conyugal, como “el lugar en donde conviven los cónyuges y sus hijos, disfrutando aquellos de la misma autoridad y consideraciones, por lo que no basta para tener constituido un domicilio conyugal y pretender la incorporación a él, de la esposa y de los hijos, que el marido se limite a señalar como lugar en que debe establecerse el hogar, la casa en que viven, sino que también justifica que la misma es adecuada para hacer posible el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del matrimonio; lo que

requiere, además de ciertas condiciones materiales como espacio, servicios, la demostración de que es un domicilio propio y no el de algún familiar o amigo de los consortes ”.

El fin del matrimonio es la convivencia de los cónyuges, por ello se reconoce en los cónyuges el deber de convivencia plena, su incumplimiento puede justificarse en virtud de imposibilidad física o moral, en caso de que uno de los cónyuges haga insoportable al otro la vida conyugal, el perjudicado tendría derecho a negarse a convivir.

El deber de cohabitación en el domicilio conyugal solamente puede eximir los Tribunales a uno de los cónyuges, con conocimiento de causa, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre o indecoroso.

## **II) Derecho a la libre procreación.**

En la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos, deberes de los cónyuges, ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, en vista de ello los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos.

Actualmente el débito conyugal es un deber permanente, es recíproco para cualquiera de los cónyuges y desde luego es irrenunciable, intransmisible e intransigible.

Tal y como se desprende del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“ Que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges “.

El Artículo Cuarto Constitucional, consagra este derecho en el que se señala que “ Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos “.

### **III) Derecho de debito conyugal.**

El amor conyugal comprende tanto al aspecto de relación sexual, como la relación espiritual, para dar satisfacción a esta relación corporal, esta el débito conyugal que un cónyuge debe dar a otro en forma recíproca.

El incumplimiento de débito conyugal puede acarrear como sanción el divorcio, al configurarse una injuria grave, ya que influyen una serie de elementos de la vida diaria, comportamiento conyugal adecuado, atención y respeto entre los cónyuges, así lo reconoce la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que señala " La abstención al débito carnal no es causa de divorcio, a menos que se realice en condiciones injuriosas.

Para Castán Tobeñas, " El matrimonio es la integración sexual humana, que es la formación del deber del matrimonio, sólo cuando el varón y la mujer entregan su amor total y pleno, en un acto sexual, es cuando el amor conyugal se realiza en su plenitud ".

La relación conyugal " Es la reciprocidad del diálogo entre el hombre y la mujer, es una comunión interna, libre, responsable, en la que cada uno pone todas sus riquezas y potencialidades al servicio del otro. para contribuir a su realización total y a su felicidad.

Lenin afirmaba que el amor no es mera cuestión individual y cuando da origen a una nueva vida quedan los intereses de la sociedad ".

En este aspecto se comprende lo relativo a la paternidad responsable, entendiéndose por esta el deber del padre y la madre de comunicar la vida en plenitud, que comprende la procreación y todo lo necesario para lograr un desarrollo físico, mental, económico, cultural y social.

### **IV. Fidelidad.**

Nace del matrimonio y comprende, no sólo actos de abstenerse a tener relaciones genitales sexuales con persona distinta del cónyuge, sino en especial cumplimiento de la promesa dada y el compromiso diario, permanente entre los cónyuges y comprende la permanencia del matrimonio como forma y camino de la vida estable.

El deber de fidelidad ha estado siempre presente en los sistemas jurídicos que consagran la monogamia, ha sido siempre un deber absoluto para la mujer y su incumplimiento estaría sancionado con terribles penas, incluyendo la muerte por lapidación ".

El legislador busco protección para los cónyuges y si llegarán a cometer este acto deshonroso, son causales de divorcio contempladas en el Artículo 267 que a su letra dice;

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.

III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.

El artículo 156 también lo señala como Impedimento para contraer matrimonio:

V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.

XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

**c) Mutuo auxilio y Socorro Mutuo.**

Para Chávez Asencio, “ El socorro mutuo hace referencia más a la asistencia recíproca en caso de enfermedad y auxilio espiritual que deben dispensarse los cónyuges, ayuda a la vejez y la ayuda mutua hace referencia al aspecto económico, que es lo relativo a los alimentos y administración de bienes.

El esposo y la mujer se deben ayudar y socorrerse mutuamente, ya que no es algo que se valore en dinero , tal y como lo menciona el Artículo 216 del Código Civil para el Distrito Federal que señala “ En ninguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio, los cónyuges podrán cobrarse retribución u honorario alguno por los servicios personales que se presten “.

La ayuda mutua debe encomendarse a todos los miembros de la familia, padres a hijos, hermanos entre sí y de los hijos a los padres.

Artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal señala:

“ La ayuda mutua se refiere a que ambos cónyuges se procurarán respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos “.

Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente, así lo menciona el Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto.

A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá a esos gastos, esto es conforme al Artículo 164-Bis del Código Civil del Distrito Federal.

Artículo 164-bis del Código Civil del Distrito Federal señala:

“ Como ayuda mutua será el desempeño del trabajo en el hogar o el cuidado de los hijos se estimará como contribución económica al sostenimiento del hogar “.

Otra norma igualitaria consiste en el derecho que tienen ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura de la familia, en este caso, cualquiera de los dos puede oponerse a que el otro desempeñe la actividad esto conforme al Artículo 169 del Código Civil para el Distrito Federal.

#### **f) Diálogo.**

El dialogo se presenta tanto en el matrimonio como en la familia y se estima necesario para el amor conyugal, entendiéndose que esta característica se encuentra conforme al Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice “ los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges ”.

Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos en caso de desacuerdo, podrán acudir ante el Juez de lo Familiar.

El diálogo no es sólo de palabra, sino la comunicación constante entre marido y mujer, por lo que la legislación previene que los cónyuges vivirán en el domicilio conyugal.

Se facilita y promueve el diálogo conyugal a través de la relación sexual, por lo que es causa de divorcio el padecer alguna enfermedad crónica e incurable que sea además contagiosa y la impotencia sexual, esto conforme al Artículo 156 en su fracción VIII y IX.

**g) Respeto.**

Es un valor que debe existir en el matrimonio y no existiendo estaremos ante un impedimento legal para contraer matrimonio, el atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre o la violencia física o moral para la celebración del matrimonio.

Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos en caso de desacuerdo, podrán acudir ante el Juez de lo Familiar.

Dentro del matrimonio no debe existir una acusación calumniosa entre ellos, tal y como lo menciona el Artículo 267 en su Fracción XIII.

**h) Sostenimiento del hogar.**

Los derechos y obligaciones del matrimonio están orientadas a la constitución y mantenimiento del hogar en el domicilio conyugal que comprende la casa familiar.

Tal y como se desprende del Artículo 164 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“ Que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto “.

El Artículo 302, señala que los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos.

**i) a la Sucesión.**

Los artículos 1602 Fracción I y 1624 del Código Civil para el Distrito Federal indican los casos en que uno de los cónyuges tiene derecho a heredar:

Fracción I. Tienen derecho a heredar por Sucesión Legítima:

“ Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina “.

Artículo 1624 del Código Civil para el Distrito Federal:

“ El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión “.

**2.5.2 En bienes de los cónyuges.**

La naturaleza del matrimonio, como un género de vida en común que se desprende en el mismo y que se reflejan en los bienes de los esposos, sus bienes constituyen el matrimonio y la base económica del mismo, por eso el objeto del matrimonio es establecer una comunidad de vida total permanente entre los cónyuges.

**2.5.2.1 Donaciones antes y dentro del matrimonio.**

**1) Donaciones antenuptciales.**

**a) Donación.**

Es el Contrato por el que una persona llamada donante, transmite gratuitamente parte de sus bienes presentes a otra persona llamada donatario, debiendo reservarse para sí bienes suficientes para su subsistencia y para el cumplimiento de sus obligaciones.

**b) Concepto.**

I) Son donaciones antenuptciales las que antes del matrimonio hace un esposo al otro, cualquiera que sea la costumbre que les haya dado ( Artículo 219 del Código Civil para el Distrito Federal párrafo primero ).

II) Son donaciones antenuptciales los regalos, obsequios, que un prometido hace el otro, o los que hacen los terceros, a uno de ellos o a ambos, antes y en razón del matrimonio ( Artículo 219 del Código Civil para el Distrito Federal Párrafo Segundo).

III) La doctrina, las define " Como aquéllas donaciones que se dan por razón del matrimonio y todos aquellos actos de liberalidad por los cuales una persona antes de contraer el vínculo y en consideración a éste, dispone gratuitamente de una cosa a favor de uno o de los futuros esposos.

**c) Características de esta clase de donaciones.**

a) Debe ser realizadas por los prometidos por motivo del matrimonio.

b) Se trata de una transmisión patrimonial a título de liberalidad.

c) Estas donaciones por su naturaleza deben ser hechas con anterioridad a la celebración de las nupcias, toda vez que las hechas a favor de los cónyuges una vez casados no tienen esta característica.

- d) Pueden ser realizadas por terceros con motivo del matrimonio.
- e) Pueden ser inoficiosas cuando son hechas por terceros en los mismos términos que las comunes.
- f) No requieren de aceptación expresa ( Artículo 225 del Código Civil para el Distrito Federal ).
- g) No son revocables por supervivencia de hijos al donante, ni por ingratitud ( Artículo 226 y 227 del Código Civil para el Distrito Federal ).
- h) Son revocables por abandono de obligaciones alimenticias o adulterio, violencia familiar cuando son hechas por un cónyuge, a juicio del Juez de lo Familiar ( Artículo 228 del Código Civil para el Distrito Federal ).
- i) Quedan sin efecto si el matrimonio no se efectúa y los donantes tendrán el derecho de exigir la devolución de lo que hubieren dado con motivo del matrimonio, a partir del conocimiento de éste ( Artículo 230 del Código Civil para el Distrito Federal ).
- j) Tienen como límite la sexta parte de la fortuna del futuro esposo que haga la donación, si se excede será inoficiosa en el excedente ( Artículo 221 del Código Civil para el Distrito Federal ).
- k) Podrán hacerlas los menores de edad con autorización de los padres o tutores ( Artículo 229 del Código Civil para el Distrito Federal ).

## **II. Donaciones entre consortes.**

### **a) Concepto.**

Son donaciones entre consortes las que se hacen los cónyuges cuando el matrimonio ya se ha celebrado y durante la vida de él.

Éstas sólo pueden realizarse si no existe comunidad absoluta de bienes, ya que se requiere que haya patrimonios separados para que un bien pase de un patrimonio a otro.

Sus características son las siguientes:

- a) Son revocables en cualquier tiempo por causa justificada a juicio del Juez de lo Familiar.
- b) Deben ser devueltas por el cónyuge culpable, en caso de divorcio o nulidad y conservadas por el cónyuge inocente.
- c) Pueden ser inoficiosas, cuando exceden de la sexta parte de la fortuna del futuro esposo que haga la donación, ( Artículo 221 del Código Civil para el Distrito Federal ).

d) Es donación indirecta ya que implica la transmisión de una parte o la totalidad de los bienes presentes.

En este tipo de donación, se observa que la donación no es bien propiedad del donante, ya que este emplea su dinero para comprarle al consorte algún bien mueble o inmueble que factura o escritura a favor del donatario.

### **2.5.2.2 Regímenes patrimoniales.**

#### **a) Concepto.**

Por régimen patrimonial debemos entender “ El conjunto de normas que regulan todos los asuntos pecuniarios, propiedad, administración y disposición de los bienes de los cónyuges, así como los derechos y obligaciones que al respecto se generen entre ellos y entre los cónyuges, terceros al momento de celebrarse el matrimonio, mientras dure y cuando se disuelva “.

Los bienes de los esposos que constituyen su patrimonio y la base económica del matrimonio, así el patrimonio sobre éste, se encuentran organizados y regulados dentro de los diversos sistemas legales de los países, en nuestro derecho el patrimonio de los cónyuges está regulado por un conjunto de normas del Código Civil, que constituyen el régimen patrimonial del matrimonio “.

Los regímenes patrimoniales del matrimonio toman el nombre en nuestro derecho de Capitulaciones Matrimoniales.

#### **b) Capitulaciones Matrimoniales.**

Se denomina capitulaciones patrimoniales, la convención por la cual se determina el régimen matrimonial de los futuros esposos, se insertan con frecuencia en aquéllas liberalidades con miras al matrimonio

Son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, el cual deberá recaer en ambos cónyuges, tal y como lo señala el Artículo 179 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste, podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio ante el Juez de lo Familiar, debiéndose referir tanto a los bienes de que sean dueños los esposos al momento de la celebración del convenio, así como también a los que adquieran después, tal y como lo menciona el Artículo 180 del Código Civil para el Distrito Federal.

Al estudiar los requisitos previos para contraer matrimonio se señalaron que los mismos consistían en adjuntar a la solicitud de matrimonio " el convenio que los pretendientes deberán celebrar en relación a sus bienes presentes y a los que adquieran durante el matrimonio ", requisito sin el cual el juez no puede celebrar la ceremonia matrimonial, por eso a interpretación de lo anterior las mismas deben realizarse antes de su celebración, lo que sí puede hacerse durante el matrimonio es modificarlas, mas no realizarlas por vez primera.

La naturaleza jurídica de las capitulaciones es sin duda la de un contrato, por ser un convenio entre las partes que crea o transmite derechos y obligaciones, en razón de que deben celebrarse con anterioridad al matrimonio.

Algunos tratadistas afirman que las capitulaciones matrimoniales deben entenderse como un convenio accesorio al matrimonio. pues sólo pueden existir como consecuencia de éste.

Otros la consideran como parte integrante del matrimonio y no como algo accesorio, ya que se trata de una institución compleja de la que emanan relaciones patrimoniales.

### **c) Requisitos que deben llevar las capitulaciones patrimoniales.**

#### **a) El Consentimiento.**

Las partes no pueden dar un mandato general para concertar en su nombre las capitulaciones, tan sólo pueden delegar su firma mediante un contrato en el que hayan aprobado todas las disposiciones de aquel otro.

El consentimiento debe darse antes de la celebración del matrimonio, en principio las capitulaciones matrimoniales no se retrotraen al día en que hayan sido concertadas, no surten efecto sino a partir de la celebración del matrimonio.

En efecto, si los futuros esposos se casaran antes de haber convenido sobre las capitulaciones patrimoniales, se encontrarían sometidos al régimen de la comunidad legal de bienes y la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.

Junto con el consentimiento de los futuros esposos, intervienen algunas otras personas, como por ejemplo los que hacen donaciones a los contrayentes

**b) La capacidad.**

Para la validez de las capitulaciones matrimoniales, resulta suficiente con que los esposos tengan la capacidad para casarse o que cuenten con la capacidad de obrar para concluir un contrato

**c) Formalidad.**

Las capitulaciones patrimoniales son un contrato solemne, para su validez se exige el otorgamiento de un documento notarial.

Por no regir la inmutabilidad de las capitulaciones, sino a partir de la celebración del matrimonio, es lícito a las partes modificar las capitulaciones matrimoniales hasta el día de la celebración de aquél.

Tal y como lo menciona el Artículo 178 del Código Civil para el Distrito Federal, “ El matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes de Sociedad Conyugal o Separación de bienes “.

**2.5.2.3 Clases de regímenes patrimoniales.**

**1) Sociedad Conyugal.**

Es el régimen patrimonial mediante el cual los cónyuges son dueños en común de los bienes incluidos dentro de la sociedad conyugal.

Será total cuando estén comprendidos dentro de la sociedad todos los bienes presentes y futuros de los consortes, así como los productos de los mismos.

Será parcial cuando se establezca distinción entre las clases de bienes que entrarán a la sociedad.

La sociedad conyugal nace al celebrarse al matrimonio o durante él, pueden comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos al formarla, sino también los bienes futuros que adquieran los consortes, esto es conforme al Artículo 184 del Código Civil para el Distrito Federal.

Deben otorgarse en escrito privado, pero cuando a ella se aporten bienes inmuebles que requieran de escritura pública para su transmisión, las capitulaciones patrimoniales deberán hacerse en escritura, además de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que tenga efectos respecto de terceros, esto es conforme al Artículo 185 y 186 del Código Civil para el Distrito Federal.

La constitución de la sociedad conyugal significa auténticamente una transmisión de bienes, en razón de ello, todos los bienes que requieran para su transmisión de escritura pública será necesario otorgarla en esta forma al realizar la sociedad conyugal.

Al regularse la sociedad conyugal, esta se regirá por las capitulaciones matrimoniales que la constituyan, y en lo que no estuviere expresamente estipulado, esto conforme al Artículo 183 del Código Civil para el Distrito Federal.

Requisitos para constituir la Sociedad Conyugal, conforme al Artículo 190 del Código Civil para el Distrito Federal.

I. la lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleve a la sociedad, con expresión de su valor y de los gravámenes que reporten.

II. La lista específica de los bienes muebles que cada consorte introduzca a la sociedad.

III. Nota pormenorizada de las deudas que tenga cada esposo al celebrar el matrimonio, con expresión de si la sociedad ha de responder de ella o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos consortes o por cualquiera de ellos.

IV. La declaración expresa de si la sociedad conyugal ha de comprender todos los bienes de cada consorte o sólo parte de ellos, precisando en este último caso cuáles son los bienes que hayan de entrar a la sociedad.

V. La declaración explícita de si la sociedad conyugal ha de comprender los bienes todos de los consortes o solamente sus productos, en cada caso se determinará con toda claridad la parte que en los bienes o en sus productos corresponda a cada cónyuge.

VI. la declaración de si el producto del trabajo de cada consorte corresponde exclusivamente al que lo ejecutó. o si debe dar participación de ese producto al otro consorte y en qué proporción.

VII. La declaración acerca de que si ambos cónyuges o sólo uno de ellos administrará la sociedad, expresándose con claridad las facultades que en su caso se concedan.

VIII. La declaración acerca de si los bienes futuros que adquieran los cónyuges durante el matrimonio pertenecen exclusivamente al adquirente o si deben repartirse entre ellos y en que proporción.

IX. La declaración expresa de que si la comunidad ha de comprender o no los bienes adquiridos por herencia, legado, donación o don de la fortuna.

X. las bases para liquidar la sociedad.

**Bienes que no forman parte de la Sociedad Conyugal.**

Conforme al Artículo 182-Quintus.

I. Los bienes y derechos que le pertenezcan al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que posea antes de éste, aunque no fuera dueño de ellos, si los adquiere por prescripción durante el matrimonio.

II. Los bienes que adquiriera después de contraído el matrimonio, por herencia, legado, donación o don de la fortuna.

III. Los bienes adquiridos por cualquier título propio que sea anterior al matrimonio, aunque la adjudicación se haya hecho después de la celebración de éste, siempre que todas las erogaciones que se generen para hacerlo efectivo corran a cargo del dueño de éste.

IV. Los bienes que se adquirieran con el producto de la venta o permuta de bienes propios.

V. Objetos de uso personal.

VI. Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio, salvo cuando éstos integren o pertenezcan a un establecimiento o explotación de carácter común.

VII. No perderán el carácter de privativos por el hecho de haber sido adquiridos con fondos comunes, pero en este caso el otro cónyuge que los conserve, deberá pagar a otro en la proporción que corresponda.

VIII. Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio, tendrán el carácter de privativo cuando la totalidad o parte del

precio aplazado se satisfaga con dinero propio del mismo cónyuge.

**a) Causas de Suspensión de la Sociedad Conyugal.**

Conforme al Artículo 195 y 196 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el caso de que algún cónyuge abandone el domicilio conyugal por más de seis meses.

a) Si se declara la ausencia de alguno de los cónyuges, la sociedad conyugal queda suspendida, excepto cuando en las capitulaciones matrimoniales se haya estipulado que continúe.

b) Cuando el abandono del domicilio conyugal ha durado por más de seis meses, sin haberse justificado, los efectos favorables de la sociedad conyugal cesan para el que abandona desde el día del abandono y el abandonado puede aprovecharse de la sociedad en lo que le beneficie cuando el otro la ha enriquecido, se requiere de acuerdo para reanudar la sociedad, conforme a la sentencia que declare la ausencia de alguno de los cónyuges.

**b) Causas de terminación de la Sociedad Conyugal.**

Conforme a los Artículos 187, 188 y 197 del Código Civil para el Distrito Federal.

La sociedad conyugal puede terminar; durante el matrimonio o terminado el matrimonio.

1.- La sociedad conyugal termina con el matrimonio; En los casos de muerte de los cónyuges, nulidad del mismo o divorcio.

2.- La sociedad conyugal finaliza durante el matrimonio, en los casos de acuerdo entre los esposos que desean cambiar su régimen de sociedad por el de separación de bienes o algún sistema mixto, declaración de presunción de muerte de alguno de los cónyuges, ya que la declaración de muerte no pone fin al matrimonio; y la mala administración de la sociedad que pueden arruinarla o cuando el administrador hace cesión de bienes de la sociedad sin autorización del otro cónyuge o es declarado en quiebra o concurso de acreedores, en fin durante el matrimonio siempre que lo pida el cónyuge que no administra, fundado en una causa que el Juez de lo Familiar juzgue suficiente.

3.- Cesa también para el esposo que abandona injustificadamente por más de seis meses al otro.

Cuando la sociedad conyugal termina durante el matrimonio por convenio entre los cónyuges y si estos son menores de edad deben de intervenir los que ejercen la patria potestad o en su defecto los que ejerzan la tutela y a falta o negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar intervendrá para dar por disuelto el matrimonio.

El dominio de los bienes de la sociedad conyugal reside en ambos cónyuges, mientras subsista la sociedad conyugal, la administración será de ambos o en su caso quedará a cargo de quién los

cónyuges hubiesen designado en las capitulaciones matrimoniales, estipulación que podrá ser libremente modificada sin necesidad de expresión de causa y en caso de desacuerdo, el Juez de lo familiar resolverá lo conducente.

**c) Forma en que se debe de seguir para la Sociedad Conyugal, en caso de Nulidad del Matrimonio .**

Conforme al Artículo 198 del Código Civil para el Distrito Federal.

I. Si los cónyuges procedieron de buena fe, la sociedad conyugal se considera subsistente hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria y se liquidará conforme a lo establecido en las capitulaciones matrimoniales.

II. Si los cónyuges procedieron de mala fe, la sociedad conyugal se considera nula desde la celebración del matrimonio, quedando en todo caso a salvo los derechos que un tercero tuviere contra el fondo común. Los bienes y productos se aplicarán a los acreedores alimentarios y si no los hubiere, se repartirán en proporción de lo que cada cónyuge aportó.

III. Si uno de los cónyuges tuvo buena fe, la sociedad subsistirá hasta que cause ejecutoria la sentencia, si la continuación es favorable al cónyuge inocente. en caso contrario se considerará nula desde un principio. El cónyuge que hubiere obrado de mala fe no tendrá derecho a los bienes y las utilidades; éstas se aplicarán a los acreedores alimentarios y si no los hubiere al cónyuge inocente.

**d) Liquidación de la Sociedad Conyugal.**

La terminación de la sociedad conyugal obliga a la liquidación del patrimonio común, para tal liquidación puede procederse de dos maneras, de común acuerdo entre los cónyuges o nombrando un liquidador.

1) Cuando la liquidación se hace de común acuerdo entre los cónyuges dependerá de su convenio de liquidación, esto es el pago de créditos y repartición de las utilidades.

2) Cuando la liquidación requiere de que se nombre un liquidador, ya que no ha sido posible que los cónyuges procedan de común acuerdo en cuanto a la liquidación del patrimonio.

El liquidador deberá:

- a) Formar el inventario de los bienes y deudas.
- b) Hacer el avalúo de los bienes y deudas.
- c) Pagar a los acreedores del fondo común.
- d) Devolver a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio.
- e) Dividir entre los esposos el remanente, si lo hubiere en la forma convenida.

En caso de existir pérdidas, éstas se dividirán igual que las utilidades y en caso de que sólo uno de los esposos aportó capital, éste será deducido al total de las pérdidas.

En el inventario no se incluirá la casa, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal o de trabajo de los cónyuges, que serán de éstos o de sus herederos.

Una vez terminado el inventario se pagarán los créditos que existan contra el fondo social y el sobrante, se dividirá entre los cónyuges.

## **II) Separación de bienes.**

Es el régimen patrimonial, en el que cada cónyuge conserva la propiedad, usufructo y administración de su patrimonio, sin intervención del otro.

La separación de bienes es total, ya que cada cónyuge podrá disponer de ellos sin necesidad de licencia o autorización del otro y parcial cuando no están comprendidos los bienes que serán objeto de la sociedad conyugal.

La situación matrimonial de los cónyuges respecto a su patrimonio es la misma que tenía antes del matrimonio, exceptuando las obligaciones derivadas de éste para el sostenimiento económico del hogar y para darse alimentos en caso necesario.

La separación de bienes puede establecerse antes del matrimonio y después del matrimonio.

### **I. Antes del matrimonio,**

Se establece en las capitulaciones matrimoniales como requisito formal para la celebración del mismo.

### **II. Durante el Matrimonio,**

Se da cuando los cónyuges deciden cambiar su régimen de sociedad conyugal por el de separación de bienes o bien modificarlo en su alcance, de separación absoluta a separación parcial o viceversa para constituir un sistema mixto.

Cuando se cambie por este régimen, se necesitará levantar escritura pública, en caso de que los bienes sean inmuebles

**a) Requisitos para Constituirlo.**

La separación de bienes debe otorgarse por escrito, bastará para ello la forma de documento privado. En cuanto a la capacidad de los contrayentes para celebrar el convenio, ésta responderá a los mismos requisitos que la ley señala para celebrar el acto matrimonial.

Bienes que forman parte del régimen de separación de bienes, conforme al Artículo 212 y 213 del Código Civil para el Distrito Federal.

I. Los bienes y la propiedad que les pertenezca a cada cónyuge, con sus respectivos frutos y accesiones de dichos bienes.

II. Salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtengan por servicios personales, por el empeño del ejercicio de su profesión.

Artículo 215. Cuando los cónyuges recibieran en común ciertos bienes a título gratuito ( donaciones, herencia o legados ) o por don de la fortuna, mientras se hace la división, los bienes serán administrados por ambos o por uno de ellos de acuerdo con el otro, el administrador será considerado como mandatario.

**III) Sistema Mixto.**

Se da cuando el régimen de separación de bienes no es absoluto sino parcial, esto es cuando solo parte de los bienes y derechos de los cónyuges se ha convenido por separación de bienes y la otra parte por sociedad conyugal.

Por eso el sistema mixto. " Es aquel en el que ni la sociedad conyugal ni la separación de bienes involucran la totalidad de los bienes de los esposos.

### 2.5.3 En persona de los hijos.

#### a) Filiación.

**Este tema lo abarcaremos posteriormente.**

Los hijos de mujer casada tiene la calidad de hijos de matrimonio.

El matrimonio subsiguiente de los padres que ya han procreado tiene por objeto legitimar a los hijos habidos antes del matrimonio, estas son las consecuencias que trae el matrimonio con respecto a los hijos de pareja casada.

#### b) Legitimación.

Se da cuando antes del matrimonio un hijo adquiere el estado de hijo de matrimonio, por haberse casado sus padres.

La legitimación se produce tanto si el reconocimiento es anterior al matrimonio, como si se hace en el acto mismo de su celebración o después de realizado ya que para que exista la legitimación, sólo se requiere que el hijo nazca fuera de matrimonio y que los padres se casen posteriormente.

El reconocimiento de los hijos puede ser efectuado en cualquiera de las formas permitidas, antes del matrimonio o bien con el acta de matrimonio.

### 2.6 Disolución del Matrimonio.

El matrimonio es una institución que desaparece el estado matrimonial, determinando con ello su brevedad o prolongación en el tiempo.

El matrimonio es una institución susceptible de disolución aunque ésta no implica la disolución de la familia, no hay disolución de derechos y deberes, ya que a partir del matrimonio vinculan a los miembros del grupo familiar, aunque éste se disgregue, ya que los efectos respecto de los hijos *continúan aun separados de sus padres*, y el parentesco por afinidad sigue produciendo sus efectos, el de impedimento en línea recta.

#### 1) Muerte.

Es causa para que se disuelva el matrimonio, ya que cuando uno de los dos cónyuges deje de existir, ya no se cumplirían con los fines del matrimonio.

La declaración de ausencia o la presunción de muerte de alguno de los cónyuges, por sí solas estas causas no ponen fin al matrimonio, ya que sólo suspenden o terminan con la sociedad conyugal.

Tanto la declaración de ausencia y la presunción de muerte de alguno de los cónyuges son causales de divorcio, ya sea por abandono del domicilio conyugal o por falta de convivencia entre los esposos por más de dos años.

## **II ) Nulidad.**

Es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del matrimonio o por faltar formalidades en el acto mismo del matrimonio.

La nulidad del matrimonio, como causa de terminación del estado matrimonial en vida de los cónyuges debe verse en relación con la presencia de un vicio del que adolece el acto jurídico matrimonial, en virtud de haberse realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido y por lo cual sus efectos deben ser suprimidos.

De aquí la terminación del estado matrimonial por nulidad se encuentra estrechamente ligado con la presencia u omisión de ciertos requisitos de validez que debe reunir el acto matrimonial como acto jurídico.

La sociedad está interesada en la persistencia de la unión matrimonial, ya que su disolución acarrea serios perjuicios a la organización social, además de que particularmente afectan a cada uno de los miembros de la familia.

El capítulo relativo a los matrimonios nulos e ilícitos, está inspirado en la conservación del vínculo matrimonial y se conoce como principio **FAVOR MATRIMONII**, del cual se derivan las siguientes reglas:

I. Las causas de nulidad son expresas y limitadas.

II. La nulidad puede cesar por las siguientes razones:

- a) Cuando los menores de dieciséis y catorce años, se casen sin dispensa y lleguen a la mayoría de edad o tengan hijos.
- b) Cuando los que deban dar su autorización para el matrimonio de los menores han consentido tácita o expresamente con posterioridad la celebración del matrimonio.
- c) Si se obtiene dispensa del parentesco después del matrimonio o en el caso de matrimonio del tutor o curador y de sus descendientes con la pupila.

III. Los plazos para deducir la acción de nulidad son cortos ( 30, 60 y 180 días según los casos ).

IV. El derecho de demandar la nulidad se reserva a determinadas personas expresamente señaladas y no es transmisible por herencia o de cualquier otra manera, aunque los herederos continúen la acción ya entablada.

V. En los casos de bigamia e incesto, cualquiera puede intentar la acción a través del Ministerio Público por tratarse de una nulidad absoluta que implica, además, un delito.

VI. Todo matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido y su nulidad sólo resulta de la sentencia que la declare.

VII. El matrimonio produce sus efectos hasta que haya sentencia que lo declare nulo y los efectos de la misma no son retroactivos cuando haya buena fe.

Respecto a los hijos, el matrimonio declarado nulo produce sus efectos en todo tiempo.

VIII. La buena fe de los esposos se presume y para destruirla se requiere prueba plena y no simples presunciones.

De acuerdo con lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 235, las causas de nulidad son:

I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiéndose un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae otra.

II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el Artículo 156, siempre que no hayan sido dispensados en los casos que así proceda.

III. Que se haya celebrado, sin presentar el escrito ante el Juez del Registro Civil, ni el acta de nacimiento, no haya presencia de dos testigos, el certificado médico, ni el convenio en relación con sus bienes, ni levantarse el acta de matrimonio.

El acto jurídico de matrimonio para que exista debe cubrir una serie de elementos legales como:

I. Ser una manifestación de voluntad solemne.

II. Las voluntades de los consortes y la del Estado a través del Juez del Registro Civil.

III. Tener por objeto de su voluntad la creación del estado de casados con los derechos y obligaciones que le son inherentes.

IV. Celebrar el acto ante el Juez del Registro Civil.

- V. Hacer el Juez la declaración de casados.
- VI. Redactar el acta respectiva.
- VII. Constar el acto en las formas diseñadas ex profeso.

El Código Civil para el Distrito Federal, se refiere a la falta de formalidades en la celebración de los actos jurídicos como casos de nulidad, ahora bien, no todas las formalidades son esenciales para que exista el matrimonio, basta con que haya acta y que ésta reúna los requisitos de haber sido realizada en las formas establecidas y ante el Juez del Registro Civil, si a ello se une la posesión del estado de casados, se impide declarar la nulidad de matrimonio.

Las razones para regular de manera especial las nulidades de matrimonio son de diversa índole:

- 1.- La importancia del matrimonio como el fundamento jurídico de la familia.
- 2.- Los requisitos de validez difieren de los actos jurídicos en general, así la capacidad admite una edad inferior a la señalada como mayoría de edad civil, la capacidad para contraer matrimonio es de 14 para la mujer y 16 para el hombre.

Los Artículos 249 y 250 del Código Civil para el Distrito Federal, confunde nulidad e inexistencia, al señalar que “ Cualquiera que tenga interés en probar que no existe matrimonio puede intentar la nulidad por falta de forma “.

Los actos existentes pueden estar afectados de nulidad, por lo tanto, en lo que concierne al matrimonio, la falta de solemnidad consistente en la ausencia del acta y/o del Juez del Registro Civil no pueden ser causas de nulidad, ya que estas carencias lo hacen inexistente, ya que falta un elemento de existencia del acto, en tal caso, será causa de inexistencia del matrimonio, pero no causa de nulidad.

## **I. Nulidad Relativa.**

### **a) El error en la persona.**

Esta causa se da por la no comparecencia personal de ambos cónyuges al momento de la celebración.

No todo error acerca de la persona es causa de nulidad, no es causa de nulidad cuando se reclame el error sobre las cualidades que debía tener alguna persona, aunque estas hayan sido determinantes para la celebración, se requiere necesariamente que el error recaiga sobre la persona misma, del otro contrayente.

El Código Civil dispone que cuando hay error en la persona creyendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo lleva a cabo con otra.

El matrimonio es un acto *in iuri personae*, de modo que en su celebración es indispensable la certeza acerca de con quién se contrae

Esta causa sólo podía darse en los matrimonios realizados a través de procurador y en el que en momento posterior, al encontrarse los cónyuges, resulte que no eran la pareja con la que respectivamente iban a unirse.

La acción de nulidad sólo puede deducirse en los 30 días siguientes a que lo conociera, por el cónyuge que lo sufrió, pero si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule, esto es conforme al Artículo 236 del Código Civil para el Distrito Federal.

Lo que debe de entenderse por inmediatamente, " Aquellas circunstancias particulares de cada caso, puede ser que con el transcurso de unos solos días entre el conocimiento del engaño y la actividad del cónyuge para interponer la acción de nulidad, puede ser suficiente para que el juzgador se niegue a pronunciar la declaración de invalidez del matrimonio, en otros casos el cónyuge que está en el error, no perderá el ejercicio de la acción de nulidad aún pasado un lapso de tiempo mayor, si en ese lapso le es imposible hacer valer la acción de nulidad "

#### **b) La Violencia.**

El Código Civil la define como " Causa de fuerza o miedo graves ". Para que pueda hablarse de miedo grave y se tipifique a la violencia como impedimento matrimonial, la amenaza, " Es objeto el otro contrayente o quienes le tienen bajo su patria potestad o tutela, a los ascendientes, descendientes, hermanos o colaterales, debe ser seria y por ello importar el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o parte considerable de los bienes "

El caso típico de violencia por pérdida de la libertad en la voluntad está constituido por el rapto.

Como en los demás casos de nulidad del acto jurídico, el matrimonio puede convalidarse al cesar la violencia, cuando la raptada se encuentra en un lugar seguro donde pueda expresar libremente su voluntad, en este caso, la acción de nulidad sólo la tiene el cónyuge agraviado y el tiempo para ejercitarla es de 60 días desde que cesó la violencia.

#### **c) Son causas de nulidad por presencia de un impedimento dirimente.**

a) La falta de capacidad por minoría de edad.

El Código Civil señala que la falta de edad legal, hace que los menores no puedan contraer matrimonio, si lo contraen faltando este requisito, su matrimonio puede ser inválido por nulidad relativa.

La falta de edad deja de ser causa de nulidad cuando haya habido hijos o cuando no los haya, el menor hubiere llegado a los dieciocho años y ni él ni el otro cónyuge hubieren intentado la nulidad, la nulidad la puede demandar cualquiera de los cónyuges, esto conforme al Artículo 237 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ya sabemos que para contraer matrimonio los menores de edad requieren de la autorización de quién ejerce la patria potestad, del tutor o del Juez de lo Familiar en su caso.

La nulidad por falta de consentimiento de los que ejercen la patria potestad, sólo podrá alegarse por aquel o aquellos a quienes tenían que dar el consentimiento dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio, pero dicha causa de nulidad cesará si antes de presentarse demanda, se obtiene la ratificación del tutor o la autorización judicial confirmando el matrimonio.

Cesa la causa de nulidad por la falta de consentimiento de las personas, esto conforme el Artículo 239 del Código Civil para el Distrito Federal

I. Si han pasado los treinta días sin que se haya pedido.

II. Si dentro de este término, los que ejercen la patria potestad han consentido expresamente en el matrimonio, o tácitamente haciendo donación a los hijos en consideración al matrimonio, recibiendo a los consortes a vivir en su casa, presentando a la descendencia como de los cónyuges en el Registro Civil o practicando otros actos que a juicio del Juez de lo Familiar, sean tan conducentes al efecto, como los expresados.

La falta de capacidad por insania mental, los declarados en estado de interdicción por locura o idiotéz, estos no pueden celebrar matrimonio ni con la asistencia de tutor.

#### **b) La falta de aptitud física.**

No contar con la edad mínima legal para celebrar el acto de matrimonio ( 16 años en el varón y 14 en la mujer ).

En este caso la acción de nulidad sólo se concede a los esposos y deja ser causa de nulidad cuando haya hijos o cuando los esposos lleguen a la mayoría de edad sin haber intentado la nulidad.

La falta de aptitud física por no haber llegado a la pubertad, debe distinguirse de la minoría de edad.

En la falta de pubertad legal se requiere dispensa de la autoridad y además de la autorización de los padres, puede darse una sin la otra y ambos son causa de nulidad por separado.

La impotencia incurable para la cópula, anterior al matrimonio, la embriaguez, el uso de drogas, la sífilis y las demás enfermedades contagiosas e incurables, en cualquiera de estos casos, la acción de nulidad se reserva al cónyuge sano, aun cuando el Código Civil en su Artículo 246 indica que " La acción se otorga a ambos cónyuges en el termino de 60 días siguientes, contados desde que se celebró el matrimonio, resulta absurdo que el culpable pueda anular el matrimonio si el inocente no lo desea ".

La acción de nulidad derivada de esta causa puede pedirla el otro cónyuge o el tutor del incapacitado, no tiene término de caducidad, sí es que puede invocarse en cualquier tiempo.

#### **d) Causas de nulidad por parentesco.**

La relación de parentesco entre adoptante y adoptado . Por razón de parentesco civil que se genera entre adoptante y adoptado, el matrimonio entre ellos es nulo. Al respecto, la ley no establece qué efectos producirá el matrimonio, si con posterioridad se disuelve la adopción, en este caso el **principio favor matrimoni** permitirá que el matrimonio se convalide, no se señala tiempo para intentar la nulidad y tampoco se da acción al Ministerio Público.

#### **e) Causa de nulidad por la tentativa de homicidio u homicidio consumado del cónyuge de alguno de los que pretenden contraer nuevo matrimonio.**

Cuando los que pretenden contraer nuevo matrimonio o los que pretenden contraer matrimonio hayan atentado contra la vida del cónyuge de alguno de ellos para estar en aptitud de casarse, hayan tenido éxito o no la tentativa de asesinato y el intento sea resultado del acuerdo de la pareja o determinación de uno solo, el matrimonio es nulo y la acción de nulidad la concede el Código Civil a los hijos del cónyuge víctima del atentado y al Ministerio Público, quienes contarán con sólo 180 días para ejercitar la acción de nulidad, a partir de la celebración del matrimonio.

Como en este caso se trata de conductas tipificadas como delitos, para que exista culpable el delincuente tiene que haber una sentencia que así lo declare.

Al determinar la ley, que la causa de nulidad es " el atentado a la vida de un cónyuge ". significa que el atentado a la vida se quedó sin haberse consumado o el atentado se convirtió realmente en homicidio.

En caso de que a resultas del atentado no hubiere muerto la presunta víctima pero el matrimonio se hubiera resuelto por divorcio, el primer esposo podrá demandar del segundo matrimonio sin que tenga que hacerlo a través del Ministerio Público, esto conforme al Artículo 244 del Código Civil para el Distrito Federal.

**f) El adulterio.**

**Adulterio:** Es el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados.

El Código Civil, señala que el adulterio consiste en la relación sexual, acceso carnal que uno de los esposos tiene con persona distinta de su cónyuge.

*El adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes: como causa de divorcio y como delito, un cónyuge puede demandar al otro como simple causa de divorcio o puede optar por la vía penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha configurado en su forma típica, o sea, cometer el adulterio en la casa conyugal o con escándalo entendiéndose por este la exhibición pública de la relación adulterina afrentosa para el cónyuge inocente.*

El que uno o ambos contrayentes hayan estado casados con anterioridad constituye un impedimento para contraer un nuevo matrimonio y causa de nulidad cuando los adúlteros hayan sido condenados en juicio penal o se haya demostrado el adulterio civil en juicio ordinario de divorcio.

La prohibición legal para contraer matrimonio en estas circunstancias y la destrucción del vínculo a través de la acción de nulidad, pese al impedimento los adúlteros hubieren contraído matrimonio, trae consigo la disolución del vínculo familiar propicia el concubinato y condena a los hijos a ser nacidos fuera del matrimonio, situaciones todas ellas contrarias al espíritu de interés público y protección al núcleo familiar que se persigue a través de la normatividad del derecho de familia.

En este caso la acción de nulidad se otorga sólo al esposo ofendido y si éste ha fallecido, únicamente al Ministerio Público, la acción de nulidad deberá intentarse dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, conforme al Artículo 243 del Código Civil para el Distrito Federal.

**II. Nulidad Absoluta.**

**a) Incesto.**

Se da cuando se celebra matrimonio entre ascendientes y descendientes, y entre hermanos, es decir el parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el segundo grado.

El parentesco de consanguinidad no dispensado anula el matrimonio, pero dejará de ser causa de nulidad, si antes de declararse ejecutoriada la resolución de nulidad, se obtiene dispensa, en los casos que ésta proceda, esto conforme al Artículo 241 del Código Civil para el Distrito Federal.

La acción de nulidad que dimana del parentesco de afinidad en línea recta puede ejercitarse por cualquiera de los cónyuges, por sus ascendientes y por el Ministerio Público, tal y como se desprende del Artículo 242 del Código Civil para el Distrito Federal.

Una mujer no puede contraer matrimonio con quien fue su suegro, ni con el hijo de su exmarido, un hombre no puede contraer matrimonio con la madre ni con la hija de su exesposa.

Ambos casos son causales de nulidad, sólo los impedimentos derivados del parentesco por consanguinidad en línea colateral en tercer grado, entre tíos, sobrinos y primos es dispensable, obtenida la dispensa, el matrimonio no podrá ser declarado nulo.

**b) bigamia.**

Es el matrimonio realizado entre dos personas, de las cuales una de ellas o los dos están casados y su matrimonio no ha sido extinguido por muerte, nulidad o divorcio.

**Características de esta acción:**

- 1) Solo puede ser ejercida por las personas a quienes la ley les concede expresamente.
- 2) No es transmisible, sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por los herederos, tal y como se desprende del artículo 251 del Código Civil para el Distrito Federal.
- 3) Excepcionalmente la ley concede la acción de nulidad a los herederos del cónyuge que ha fallecido a consecuencia de un atentado contra su vida, si ese atentado ha sido cometido por cualquiera de las personas que contrajeron nuevo matrimonio.
- 4) No puede celebrarse transacción de ninguna especie ni compromiso en árbitros sobre la nulidad de matrimonio, tal y como se desprende del Artículo 254 del Código Civil para el Distrito Federal.

La causa de nulidad subsiste, aun cuando alguno de los cónyuges o ambos lo hayan celebrado de buena fe, es decir, a pesar de que creyeren tener fundado el matrimonio.

El matrimonio celebrado con este impedimento no puede confirmarse ni por ratificación ni por prescripción y la acción puede ejercerla todo interesado a través de la denuncia ante el Ministerio Público, ya que constituye un delito de bigamia que esta regulado en el Artículo 279 para el Código Penal para el Distrito Federal, que señala lo siguiente:

“ Se impondrá hasta cinco años de prisión o de 180 a 360 días de multa al que, estando con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales ”.

La acción que nace de esta causa de nulidad puede deducirse por el cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos o herederos y por los cónyuges que contrajeron el segundo.

No deduciéndola ninguna de las personas mencionadas, la deducirá el Ministerio Público.

**Características de las causas de nulidad.**

El matrimonio siempre tiene a su favor la presunción de ser válido, por eso sólo se considera nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

**Las causas de nulidad del matrimonio, deben reunir los siguientes requisitos.**

- 1.- Ser expresas y limitadas.
- 2.- Poseer plazos cortos para ejercer la acción.
- 3.- Reservar la acción a determinadas personas a quienes la ley concede de cualquier interesado a través del Ministerio Público.
- 4.- Tener en su favor la presunción de la buena fe de los contrayentes.
- 5.- Producir sus efectos hasta que haya sentencia firme.
- 6.- Producir sus efectos hacia el futuro no retroactivamente.

**Los efectos de la sentencia de nulidad.**

El matrimonio nulo pero contraído de buena fe produce todos sus efectos civiles a favor del cónyuge inocente hasta que se declara su nulidad.

La sentencia pronunciada en el juicio de nulidad de matrimonio, tiene efectos declarativos, es decir, el juez si encuentra que se ha probado la existencia de una causa de nulidad, debe pronunciarla en forma declarativa

*En principio, los efectos de la sentencia de nulidad, se retrotraen a la fecha de la celebración del matrimonio, la sentencia que declare la invalidez del matrimonio produce efectos, no sólo entre los cónyuges, sino aún en contra de los terceros, tal y como se desprende del Artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.*

Ejecutoriada la sentencia que declare nulidad, el Tribunal de oficio, enviará copia certificada de ella al Juez del Registro Civil ante quien pasó el matrimonio, para que al margen del acta ponga nota circunstanciada en que conste la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, la cuál será depositada en el archivo, conforme al Artículo 252 del Código Civil para el Distrito Federal.

### **El Matrimonio Putativo.**

Cuando el matrimonio se ha celebrado de buena fe, la sentencia de nulidad no tiene efecto retroactivo, la buena fe consiste en la ignorancia al momento de celebrar el matrimonio, de las causas que lo invalidan, la 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, tal y como se desprende del Artículo 255 del Código Civil para el Distrito Federal.

*Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos, tal y como lo regula el Artículo 256 del Código Civil para el Distrito Federal.*

Para destruir la presunción de buena fe, se requiere prueba plena, tal y como lo señala el Artículo 257 del Código Civil para el Distrito Federal.

### **a) Consecuencias Jurídicas de la Sentencia en cuanto a los cónyuges.**

#### **1) Los desvincula.**

Ejecutoriada la sentencia de nulidad de matrimonio, los cónyuges se desvinculan y quedan libres para contraer un nuevo matrimonio, de inmediato si así lo desean.

En el caso de extinción de matrimonio por nulidad no existe plazo de espera establecido como sanción para el cónyuge culpable, aunque haya habido mala fe.

#### **2) Efectos civiles para el cónyuge de buena fe.**

La nulidad produce efectos retroactivos respecto al cónyuge de mala fe en el sentido de considerar que nunca estuvo casado, sino que su unión se dio fuera de matrimonio.

#### **3) Precauciones en cuanto a la mujer que quede encinta.**

Estas medidas tienen por objeto certificar que el hijo de la mujer que quedó encinta, nazca dentro de los plazos legales necesarios para establecer la paternidad cierta con respecto al padre y que nazca en condiciones de viabilidad.

Las precauciones consisten en que la mujer debe avisar al Juez su estado de preñez para que éste lo haga saber a los posibles herederos del marido. Las personas verían mermado o extinguido su derecho a heredar con la llegada del hijo póstumo, tienen derecho de que asista al parto un profesional de la medicina nombrado por ellos para que certifique la veracidad del nacimiento y la viabilidad del recién nacido.

**b) Consecuencias Jurídicas de la sentencia en relación a los hijos.**

En la sentencia que se declare la nulidad, el Juez de lo Familiar resolverá respecto a la guarda y custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos.

Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos, de no haber acuerdo, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.

En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público.

**c) Consecuencias Jurídicas en relación a los bienes.**

Respecto a los bienes, sus efectos son los mismos que para la liquidación de la sociedad conyugal en caso de divorcio. Los productos serán para el cónyuge de buena fe o para los hijos, si ambos actuaron de mala fe. En lo que toca a las donaciones, las retendrá el cónyuge de buena fe, las devolverá el de mala fe y si ambos obraron de mala fe, serán a favor de los hijos y si no los hubiere, no habrá lugar a reclamación.

El Juez de lo Familiar, declarando la nulidad del matrimonio, procederá a la división de los bienes comunes y respecto de las donaciones antenuupciales, se observara lo siguiente:

I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas.

II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos su productos.

III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes.

IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho, quedarán a favor de sus acreedores alimentarios. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad.

**III ) Divorcio.**

Para extinguir un matrimonio válido el orden jurídico ha creado el divorcio, mismo que sólo puede llevarse a cabo ante la autoridad competente, cuando se ha demandado por causas específicamente señaladas en la propia ley.

Existen parejas que fracasan en su intento de ser felices ya que buscan hacer su vida en común, cuando los cónyuges empiezan a desunirse, se alejan uno del otro, aunque sigan compartiendo el mismo techo, rompen el vínculo afectivo que los impulsó a contraer matrimonio, dejan de ser pareja, toman caminos diferentes.

Ante el inminente fracaso de su matrimonio, los cónyuges optan por diversas soluciones, ya que unos buscan compensación por diversos medios, ya sea mediante uniones ilícitas, o conductas neuróticas propias de las frustraciones o en su caso el divorcio.

La palabra " Divorcio ", deriva de la voz latina " Divortium " que significa separar lo que estaba unido.

En un sentido jurídico, el divorcio abarca dos posibilidades, una es la disolución del vínculo matrimonial y otra la separación de cuerpos que deja subsistente el vínculo matrimonial.

Divorcio es el único medio racional capaz de subsanar las diferencias de los cónyuges y hasta cierto punto las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir la superación de la crisis matrimonial.

Divorcio es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido.

#### **Características de la acción de divorcio.**

##### **a) Es una acción sujeta a caducidad.**

Por caducidad se entiende la extinción de una acción, de una facultad jurídica o de una obligación, por el transcurso del tiempo que determine la ley, sin que se pueda evitar esa extinción, interrumpiendo el plazo o suspendiéndolo.

Tratándose de las acciones de divorcio, que marca el Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, excepto las fracciones XI, XVII y XVIII, si no se hacen valer dentro de los seis meses siguientes del conocimiento del hecho que constituya la causal en que se funde la demanda.

No todas las acciones de divorcio, están sujetas a caducidad, ya que algunas día a día se cometen y por lo tanto, no puede correr un término de seis meses tomando en cuenta los primeros actos que originaron esa causa.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su Artículo 278 señala " el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él y dentro de los seis meses siguientes ".

##### **b) Clasificación del divorcio.**

I. Por los efectos que produce.

a) Divorcio Vincular.

Llamado divorcio pleno, " Es aquél que rompe el vínculo matrimonial y deja a los divorciados en condiciones para contraer nuevas nupcias ".

b) Divorcio por simple separación de cuerpos.

Divorcio menos pleno, es aquel que no permite la celebración de un nuevo matrimonio en tanto únicamente suspende a los cónyuges la obligación de vivir juntos, subsistiendo las otras obligaciones derivadas del matrimonio, como el deber de fidelidad, ministración de alimentos y sus efectos serán la no obligación de vivir juntos y por consiguiente a hacer vida marital.

La referencia de no vivir juntos, no recae únicamente la separación de cuerpos, sino sobre el domicilio legal de los esposos, en donde hacían la unión de pareja, por lo tanto la mujer es capaz de escoger en adelante su domicilio y de cambiarlo a su voluntad y la protección de su persona.

El Artículo 277 del Código Civil para el Distrito Federal, hace alusión a esta circunstancia;

" El cónyuge que no quiera pedir el divorcio fundado en la enfermedad incurable, contagiosa o hereditaria y la impotencia sexual irreversible y el trastorno mental, previa declaración de interdicción , podrá solicitar que se suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge y el juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión ".

**Consecuencias Jurídicas del Divorcio.**

- 1) Extinguir el deber de cohabitación y el débito conyugal.
- 2) Persisten los demás deberes del matrimonio. fidelidad, ayuda mutua, patria potestad compartida, régimen de sociedad conyugal y su administración conforme a lo pactado, salvo que la causa sea enajenación mental y que el administrador haya sido el enfermo.
- 3) Custodia de los hijos por el cónyuge sano, conforme al Artículo 282 Fracción V.
- 4) El deber de fidelidad.

El Divorcio separación extingue el débito sexual entre los cónyuges, obliga a ambos a una forzada castidad legal. El cónyuge que entabla relaciones sexuales con un tercero comete el delito de adulterio.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

5) Paternidad y filiación.

El hijo de mujer casada separada judicialmente, que nazca dentro de los trescientos días contados a partir de la orden judicial de separación, se reputa hijo de matrimonio con certeza de paternidad, conforme el Artículo 324 Fracción II.

6) Ayuda recíproca.

El divorcio separación no extingue el deber de ayuda recíproca, tal y como lo expresa el Artículo 323 del Código Civil para el Distrito Federal que a su letra dice:

“ En casos de separación o de abandono de los cónyuges, el que no haya dado lugar a ese hecho podrá solicitar al Juez de lo Familiar que obligue al otro seguir contribuyendo con los gastos del hogar durante la separación, en la proporción en que lo venía haciendo hasta antes de ésta, así como también, satisfaga los adeudos contraídos “.

II. Por la forma de obtenerlo, considerando el papel de la voluntad de los esposos.

a) Divorcio Unilateral o repudio.

Es aquel en el que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio.

b) Divorcio por mutuo consentimiento.

Se da por el acuerdo voluntario de ambos cónyuges para poner fin al matrimonio, sin tener que invocar causal de divorcio generalmente para beneficio de los hijos.

c) Divorcio causal, necesario o contencioso.

Este tipo de divorcio requiere la existencia de una causa o razón suficientemente grave, que haga imposible o al menos difícil la convivencia conyugal. la acción se otorga al esposo que no hubiere dado causa para el divorcio y sin culpa de alguno de los esposos, cuando la vida en común se deteriora por enfermedad, impotencia o locura. también se tiene la facultad de disolver el vínculo matrimonial.

El Divorcio causal se divide en:

a) Divorcio Sanción: En él se supone que la causa es una violación grave a los deberes del matrimonio y la acción corresponde al cónyuge, quien es libre de ejercitarla, perdonar o permitir que la acción prescriba.

b) **Divorcio remedio.**

- 1) Se da por la falta de convivencia de los cónyuges por más de dos años.
- 2) El hecho de que alguno de los cónyuges hubiere demandado la nulidad del matrimonio o el divorcio y su demanda haya sido desestimada o se hubiere desistido de la acción.

El Artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

“ Divorcio disuelve el vínculo de matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro “.

c) **Divorcio Necesario.**

Esta clase de divorcio cualquiera de los cónyuges lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una de las causales que señala el Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

El divorcio se da cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo imposible o difícil la vida en común. Las causas siempre han sido específicamente determinadas, el orden jurídico sólo ha considerado como causas de divorcio aquellas que por su gravedad impiden la normal convivencia de la pareja.

Todas las causas de divorcio normalmente presuponen culpa de alguno de los esposos y la acción se da a quién no ha dado causa en contra del responsable, de allí que en todo juicio haya generalmente un cónyuge inocente y uno culpable.

Pueden ser ambos culpables y demandarse recíprocamente por la misma o distinta causal.

Clasificación de las causales de divorcio que consigna el Código Civil para el Distrito Federal, tal y como lo hace el maestro Rafael Rojina Villegas.

- 1) Causales que implican delitos, en contra del otro cónyuge, los hijos o terceros.
- 2) Causales que constituyen hechos inmorales.
- 3) Causales violatorias de los deberes conyugales.
- 4) Causales consistentes en vicios.
- 5) Causales originadas en enfermedades.
- 6) Causales que implican rompimiento de la convivencia.

Las causales de adulterio, incitación a la violencia, corrupción, sevicia, amenazas, injurias y acusación calumniosa, aunque tipificados como delitos por el Código Penal, no requieren que exista sentencia condenatoria para que sean causales de divorcio, pudiéndose probar en juicio civil sin que necesariamente se tenga que ejercitar la acción penal.

No ocurre lo mismo con la causal consignada en la Fracción XVI del Artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal que a su letra dice:

“ Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión, se requiere sentencia condenatoria que establezca pena de prisión por más de un año ”.

*Conforme al Artículo 267, son causales de divorcio:*

**1. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.**

Adulterio.

- 1) Es el ayuntamiento carnal ilegítimo de un hombre con una mujer cuando uno o ambos son casados.
- 2) Es la unión sexual de dos personas que no estén unidos por matrimonio civil y de los cuales uno de ellos o los dos, están casados civilmente con un tercero.

El Código Civil para el Distrito Federal, señala que el **adulterio** “ consiste en la relación sexual, acceso carnal que uno de los esposos tiene con persona distinta de su cónyuge ”.

El adulterio en nuestro derecho asume dos formas diferentes: como causa de divorcio y como delito, un cónyuge puede demandar al otro como simple causa de divorcio, o puede optar por la vía penal para acusarlo de delito cuando el mismo se ha configurado en su forma típica, o sea, cometer el **adulterio en la casa conyugal o con escándalo entendiéndose por este la exhibición pública de la relación adulterina afrentosa para el cónyuge inocente.**

Ahora bien, para que el adulterio surta efectos penales se requiere querrela del cónyuge inocente, y sólo se castiga el adulterio consumado, no así la tentativa, aún siendo notoria la intención, para que surta efectos civiles, ya que viola el deber de fidelidad, sólo se requiere de la intimidad respectiva con tercero, aunque el acto sexual no se realice o sea imposible probarlo.

En cuestiones familiares, el juez podrá apreciar libremente las pruebas que se le presenten para acreditar el adulterio que se le imputa al demandado, el adulterio que se refiere la ley familiar se debe referir a la obligación de fidelidad que se deben recíprocamente los cónyuges.

En la actualidad el Código Civil vigente para el Distrito Federal no hace una distinción entre el adulterio del esposo y de la mujer, ya que los equipara en igualdad de circunstancias, el Artículo 278 del Código del Distrito Federal señala:

“ Podrá invocar el divorcio necesario, el cónyuge que no haya dado causa a él “.

En el primer caso, probado el adulterio, el cónyuge demandante obtendrá sentencia de divorcio a su favor, en el segundo, probado el delito, el culpable será condenado a la sanción penal respectiva y el cónyuge demandante tendrá a su favor sentencia como prueba plena para obtener divorcio, si opta por las dos consecuencias.

Cuando el adúltero vive en concubinato, es más fácil de comprobar esta causal, ya que se podrá promover desde que el ofendido tuvo conocimiento de él o cuando se ha haya terminado, ya que el concubinato es de tracto sucesivo.

La prueba plena del adulterio en la mayoría de los casos es difícil de obtener, ya que los adúlteros se refugian en la clandestinidad, por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación admite la prueba indirecta, ya que la comprobación del adulterio como causal de divorcio es comúnmente imposible, por lo que debe admitirse la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable.

Existen otros casos de prueba plena, cuando un hombre casado registra a un hijo habido con mujer distinta a su cónyuge, o cuando vive públicamente con otra mujer.

El divorcio no podrá tener lugar especialmente cuando la mujer, con la voluntad del marido, ha hecho comercio de su cuerpo o cuando el marido comete adulterio con una detective contratada a este efecto por la mujer.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido el siguiente criterio:

“ Tratándose de adulterio permanente debe considerarse que, aunque la antigüedad de su inicio exceda de seis meses, el cónyuge ofendido conserva su derecho a demandar el divorcio hasta seis meses de concluido tal estado, pensar de otro modo llevaría al absurdo de que si ese estado no terminara en muchos años, se reduciría al cónyuge inocente, que por amor o respecto a los hijos “.

**II. El hecho 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.**

El deber de fidelidad ha estado siempre presente en los sistemas jurídicos que consagran la monogamia, la fidelidad ha sido siempre un deber absoluto para la mujer y su incumplimiento, fue sancionado con terribles penas, incluyendo la muerte por lapidación.

Esta causa implica una conducta desleal de la mujer hacia su prometido al no confesarle su estado de gravidez antes de contraer matrimonio y por consiguiente, querer atribuirle una falsa paternidad.

Evidentemente no existe un delito por esta conducta, pero sí hay un grave hecho inmoral, porque ella demuestra una deslealtad absoluta, antes del matrimonio, como en el momento de celebrarlo y esta deslealtad de la mujer, de no revelar a su futuro marido que se encuentra encinta y que evidentemente implica una injuria.

Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido el que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil, faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad, conforme al Artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal.

También esta causal tiene referencia, con el Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal que señala;

“ 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 primero ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento ”.

**III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones carnales con ella o con él.**

Implica esta causal una conducta inmoral, injuriosa y en ciertos casos delictiva.

Se puede configurar el delito de lenocinio si se prueba que el marido recibió dinero o cualquiera otra retribución por prostituir o permitir la prostitución de su mujer, tal y como se desprende del Artículo 207 del Código Penal para el Distrito Federal que a su letra dice;

Comete el delito de lenocinio:

I. Toda persona que habitual o accidentalmente explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera.

II. Al que induzca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con un cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución.

El legislador al consignar esta causa como el hecho suficiente para ocasionar el divorcio, fundamentalmente tomo en consideración la inmoralidad misma de la propuesta del marido para que su mujer tenga relaciones carnales con otro hombre, ya que este hecho repugna con la vida conyugal, es contrario a la fidelidad que se deben los esposos y constituye una forma de depravación.

Para que el lenocinio sea causa de divorcio, es necesario que el marido reciba a cambio de la prostitución de su esposa una recompensa, que no es indispensable que se traduzca en dinero.

El marido debe a su mujer protección y la y falta al cumplimiento de sus deberes incitando a su esposa a la prostitución, la degeneración de la esposa llega a su más alto grado, cuando él mismo se hace autor de su propia deshonra.

#### **IV. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.**

Contempla esta fracción una conducta inmoral el que quiere provocar un delito en el otro y totalmente lesivo para éste. lo más frecuente es que uno de los cónyuges incite al otro a cometer un delito contra las personas.

Igual que en el adulterio, la conducta que vista en esta causal, puede constituir un delito, previsto por el Artículo 209 del Código Penal para el Distrito Federal que señala:

“ Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio “.

Por lo señalado anteriormente, se requiere que alguien provoque públicamente a otro para cometer un delito y en la fracción a que estamos haciendo referencia, no requiere que esa provocación sea pública. basta con que un cónyuge incite al otro a cometer un delito, aun cuando no sea de incontinencia carnal, o bien, que se lleve a cabo con violencia física o moral para que cometa un delito.

Conforme a lo anterior, se requiere que la provocación se haga públicamente, pero si la provocación no es pública, no se estará en el supuesto de un delito, pero sí dentro de la causal de divorcio.

La incitación puede ser de palabra, por escrito y hasta por medio de determinados actos como el desprecio, la sonrisa burlona, el negarse a cumplir con el débito conyugal y otros con los que de una manera u otra se lleva a la provocación.

No es necesario que el delito se ejecute como consecuencia de la incitación, sea un acto de violencia, para inducir a una persona a delinquir en cualquier forma, se puede violentarla y después aconsejarla a que dañe a otra persona en su matrimonio.

*En la causal que señala esta fracción, puede también comprender el caso en el que el cónyuge provocado o violentado realice el delito, y entonces el culpable que indujo o que hizo uso de la violencia, será copartícipe en la realización de ese delito y podrá darse el caso de que ambos sean causantes del divorcio, como cónyuges culpables.*

**V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.**

Para que exista esta causal, es necesario que los cónyuges ejecuten actos inmorales, tendientes a corromper a su hijos, estos actos pueden ser positivos ya sea que produzcan la corrupción de los hijos o en actos negativos que impliquen necesariamente la tolerancia de los progenitores respecto del estado de inmoralidad y corrupción en que vivan los hijos.

Esta causal puede configurar un delito, por ser una conducta deshonrosa por parte de uno de los cónyuges, en contra de sus hijos, tal y como lo establece el Artículo 201 del Código Civil para el Distrito Federal que a su letra dice:

“ Comete el delito de corrupción de menores, el que induzca, procure u obligue a un menor de dieciocho años de edad o a quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, de prostitución, de consumo de narcóticos, a tener practicas sexuales, a la práctica de la ebriedad o cometer hechos delictuosos “.

También estarán cometiendo el delito que señala el Artículo 202 del Código Penal para el Distrito Federal que a su letra dice:

“ Queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicios. la contravención a esta disposición se castigará con prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos ”.

Esta causal, se caracteriza con el hecho inmoral que el padre o la madre lleven a cabo actos para corromper al hijo o la tolerancia en su corrupción, siempre y cuando está se manifieste en actos positivos y no en simples omisiones, descuidos o falta de vigilancia del menor.

**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.**

Estas causales la doctrina las llama eugenésicas o causas remedio.

Son causas por padecer enfermedades como sífilis, gonorrea, VIH/S o cualquier otra enfermedad.

El cónyuge sano puede optar por el divorcio vincular o por la separación de cuerpos, se consideran estas causas como de tracto sucesivo, por ello no funciona el término de caducidad de seis meses que exige la ley.

Esta disposición es inadecuada, porque el término de sesenta días es muy breve, ya que no debe correr a partir de la celebración del matrimonio, sino en el momento en que conozca la enfermedad.

El problema consiste en saber si el cónyuge sano puede pedir el divorcio en las primeras etapas de estas enfermedades.

Cuando estas condiciones se dan en un sujeto, antes de contraer matrimonio, se consideran impedimentos para su celebración, si se realiza el matrimonio mediando impedimentos, el cónyuge sano tiene a su favor la acción de nulidad que debe pedir dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio, si se deja pasar la acción, posteriormente corresponde la del divorcio.

La impotencia es también un impedimento para contraer matrimonio, podrá pedirse nulidad por esta causa, pero dentro del término que la ley especifica claramente.

El tratamiento jurídico que se da a esta causa de divorcio " la impotencia incurable ", que es a su vez impedimento para casarse, puede presentar graves problemas en la práctica, si se contrae matrimonio con este impedimento se puede pedir la nulidad dentro de sesenta días siguientes a la realización del matrimonio, es muy difícil suponer que en tan corto tiempo pueda determinarse que la impotencia sea incurable.

La ley supone, que el individuo padeciendo una enfermedad con los caracteres mencionados se casa, ocultando a su futuro consorte el padecimiento que le aqueja, comete una injuria grave, toda vez que la ocultación de su padecimiento revela una absoluta falta de consideración hacia la persona con quien se va a unir.

### **VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.**

Cuando se da esta causal de divorcio el legislador busco el interés privado del cónyuge sano y en vista del interés superior de la salud pública en cuanto procurar una descendencia sana y sin taras.

La enajenación mental incurable tendrá que ser declarada en un juicio de interdicción, en cuya sentencia se declare que el cónyuge queda incapacitado, en este caso se procederá a nombrarle tutor, cuando el juicio de interdicción declare que un cónyuge está incapacitado, el cónyuge sano tiene tres opciones, ser nombrado tutor legítimo de su consorte, pedir el divorcio basado en esta causal o solicitar simplemente el divorcio-separación sin extinguir el vínculo matrimonial, si opta por el divorcio vincular podrá pedir la separación judicial provisional mientras se sigue el juicio de interdicción y durante el procedimiento.

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

El concepto de separación no sólo consiste en el acto de abandonar la morada conyugal, sino también en el rompimiento de las relaciones conyugales y de los deberes del matrimonio.

La separación de la casa conyugal sin causa justa significa el incumplimiento a uno de los deberes que impone el matrimonio a los cónyuges, que es vivir juntos en el domicilio conyugal.

No importa que el cónyuge que deja la casa sin motivo justo, siga cumpliendo con los demás deberes de sostenimiento del hogar, basta el hecho objetivo de haberse roto la cohabitación por más de seis meses para estar frente a esta causal de divorcio.

El Código Civil no habla de abandono de un cónyuge por el otro, sino únicamente de separación de la casa conyugal, si además del abandono físico de la casa conyugal, se incumple el deber de alimentos y asistencia que en su caso debe cumplir el cónyuge culpable, se estará dentro de otra causal.

Con el abandono del hogar y el incumplimiento de las demás inherentes al matrimonio y a la paternidad, puede configurarse el delito de abandono de persona, que regula el Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

“ Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia “.

El Código Penal en su Artículo 336 y 337 sanciona al cónyuge que no cumpla con sus obligaciones y señala lo siguiente:

Art. 336. Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días de multa; privación de los derechos de familia y pago como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Art. 337. El delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de parte agraviada.

**IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.**

El concepto separación, “ Consiste en el acto de abandonar la morada conyugal, sino también en el rompimiento de las relaciones conyugales “.

El cónyuge que abandona la casa conyugal, ya no soporta la vida en común, en base a que el otro le ha dado una o muchas causas de divorcio, debe demandar el mismo antes de que transcurra un año o corre el peligro de ser él, el demandado por abandono de hogar.

Se entrevé en esta causal una aparente injusticia, el cónyuge que debió ser acusado se convierte en acusador y puede vencer en el juicio como cónyuge inocente, sin embargo el Código Civil es congruente con sus preceptos, por un lado existe la obligación de convivir en el domicilio conyugal y no le está permitido a ninguno de los dos romper unilateralmente con este deber.

En segundo lugar, señala un término de caducidad de seis meses para pedir el divorcio cuando la causa no es de carácter permanente o de tracto sucesivo, si el cónyuge por cualquier causa deja pasar los seis meses, sin interponer la demanda de divorcio se da la presunción del perdón tácito.

Es aconsejable para el cónyuge que abandona justificadamente el otro, que interponga a tiempo la demanda de divorcio o interrumpa la separación antes de que transcurra el año para no caer en esta causa que se está analizando.

**X. La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se proceda la declaración de ausencia.**

La declaración de ausencia es una de las modalidades del estado civil de las personas, ya que hace imposible que el cónyuge ausente cumpla las obligaciones que derivan del matrimonio.

La declaración de ausencia está regida por el Artículo 669 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“ Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción de pedir la declaración de ausencia “.

En caso de que el presunto ausente haya dejado o nombrado apoderado general para la administración de sus bienes, no podrá pedirse la declaración de ausencia sino pasados tres años, que se contarán desde la desaparición del ausente, tal y como se desprende del Artículo 670 del Código Civil para el Distrito Federal.

En cuanto a la presunción de muerte, está regulada por el artículo 705 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala lo siguiente:

“ Cuando hayan transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte “.

La sentencia que declare la presunción de muerte de un ausente casado, pone término a la sociedad conyugal, tal y como se desprende del Artículo 713 del Código Civil para el Distrito Federal.

El estado de ausencia y el de presunción de muerte no operan en forma autónoma como disolución del vínculo matrimonial, sino que el cónyuge que demanda tiene que probar con la sentencia que declara este estado, la causa de divorcio.

Esta causa es inútil, ya que para obtener una sentencia en el que se declare la ausencia o la presunción de muerte, se necesita el transcurso de varios años y se ha señalado que con el solo lapso de seis meses de la separación del hogar conyugal se tiene causa suficiente de divorcio.

La única utilidad que puede reportar una sentencia de declaración de ausencia o de presunción de muerte para el caso de divorcio es que constituye la misma prueba plena en sí, para obtenerlo.

**XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro o para los hijos.**

**La sevicia.**

Consiste en los malos tratos de hecho que revelan crueldad, sin que impliquen peligro para la vida del ofendido.

Son todos aquellos actos ejecutados por un cónyuge con el ánimo de hacer sufrir al otro.

**La amenazas.**

Son las palabras o hechos mediante el cual se intimida al cónyuge acerca de un mal inminente que le pueda ocurrir a él o a sus seres queridos. la amenaza puede constituir también un delito, con independencia de la causal de divorcio en materia civil.

**Injuria.**

Es toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio.

Para calificar la sevicia, las amenazas o la gravedad de las injurias, el Juez cuenta con un gran margen de arbitrio, tiene que tomar en cuenta diversos factores, entre ellos la frecuencia y reiteración de la conducta del ofensor, el grado de educación de los cónyuges, la clase social a que pertenecen y sus particulares formas de convivencia.

Así, lo que para un cónyuge sensible y refinado pueden significar ciertas expresiones o actos, ofensas imperdonables, en otra pareja puede ser el trato común y cotidiano y hasta expresiones afectuosas.

Con respecto a esta causal la Corte tiene numerosas jurisprudencias:

La sevicia, como causal de divorcio, “ Es la crueldad excesiva que hace imposible la vida en común y no un simple altercado o un golpe aislado que pueden ser tolerados, por lo tanto, quien invoque esta causal, debe detallar la naturaleza y las modalidades de los malos tratos, tanto para que la otra parte pueda defenderse, como para que el juez esté en aptitud de calificar su gravedad y si en realidad configuran la causal “.

Además esta causal para invocarla, se requiere que exista un mal trato continuo, aun cuando no sea grave, en el Derecho Norteamericano, se le denomina a esta causal como crueldad pero le hace respecto a cierto tipo de crueldad mental, para llegar a formar complejos en el cónyuge inocente hasta llevarlo a la separación, a un estado insostenible cuando sean hábilmente ejecutados.

Injuria, se puede constituir con la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hace consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respecto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecuten, para humillar y desprestigiar al ofendido.

Tratándose de juicios de divorcio, por causas de injurias graves que hacen imposible la vida conyugal, el objeto filosófico de la prueba es llevar al ánimo del juzgador, la certeza de la existencia de un estado de profundo alejamiento de los consortes, motivado por uno de ellos, que ha roto el vínculo de mutua consideración, indispensables en la vida matrimonial.

Para que la injuria sea causa de divorcio debe ser grave, lo que quiere decir que debe de existir la imposibilidad de la vida común entre los esposos, su carácter de gravedad no debe de depender de la educación y condición social de la persona que recibe el ultraje.

Se considera como una injuria grave, independientemente de la posición social de la persona, el hecho de que el marido se rehúse a recibir a su mujer en el domicilio conyugal, sin embargo, si su negativa se funda en que la esposa lo ha abandonado varias veces y que tan sólo pretende regresar a la casa común para cometer nuevos escándalos, tal negativa, así justificada, no podrá ser causa de divorcio. 23

El radical distanciamiento de los cónyuges por los actos de uno de ellos, incompatibles con la armonía requerida para la vida en matrimonio, es el índice que fija racionalmente el ánimo del Juzgador.

Las amenazas constituyen un delito, tal y como lo señala el Artículo 282 del Código Penal para el Distrito Federal que a su letra dice:

Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión o de 180 a 360 días multa.

I. Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo, y

II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.

---

23 Ricardo Couto, *Derecho Civil Mexicano. De las personas*. México, 1919, T.I, págs. 325 a 327.

Si el ofendido fuere alguno de los parientes o cónyuge, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo.

**XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges en el caso que señala que los cónyuges tendrán igual autoridad en el hogar.**

Esta causal nos da a señalar que si los cónyuges no se ponen de acuerdo en todas las cuestiones de su vida en común, deben recurrir al Juez para que resuelva lo conducente.

Independientemente de que los cónyuges hayan recurrido al Juez para solicitar su intervención en la forma de cumplir con sus obligaciones de cargas del hogar y que el Juez haya otorgado sentencia ejecutoriada, la simple negativa a cumplir con los deberes es causa de divorcio.

**XIII. La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.**

La simple acusación que haga un cónyuge del otro, constituye una profunda deslealtad, aunque la misma no fuere calumniosa. habiendo calumnia de por medio, implica esa conducta una aversión profunda del cónyuge calumniador respecto del otro que evidencia la ruptura total del afecto conyugal.

Estamos en presencia de una causal que si requiere previamente que se siga el juicio penal, se pronuncie sentencia y se declare inocente al cónyuge acusado por el delito que le imputó al otro cónyuge, si en esta sentencia se establece que el acusado es inocente de un delito que merecía una pena de prisión mayor de dos años, entonces el cónyuge calumniado tendrá ya comprobada plenamente su causa de divorcio. pero se requiere que la sentencia penal que declare su inocencia, cause ejecutoria.

Para que proceda esta causal se necesita, es que se declare la sentencia penal firme y que el acusado es inocente y en segundo lugar, se requiere que el delito respecto del cual se le considere inocente, sea de aquellos que se sancionan por el Código Penal, con una pena cuyo término aritmético sea mayor de dos años de prisión

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene el siguiente criterio:

Para que exista la causal de divorcio por acusación calumniosa, no es necesario que ésta dé lugar a la instrucción de un proceso y al pronunciamiento de una sentencia absolutoria del acusado, porque es posible que la acusación se archive por el Ministerio Público y no se consigne a la autoridad judicial, y sin embargo puede ser calumniosa para los efectos del divorcio, lo que apreciará en cada caso el

Juez Civil, tomando en cuenta que la imputación que hace un cónyuge al otro de haber cometido un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, se haya hecho a sabiendas de que es inoperante, que esté inspirada en el propósito de dañarlo en su reputación y en la consideración social que merece, circunstancias todas ellas reveladoras de la existencia de una odiosidad y de una falta de estimación entre los cónyuges que hace imposible la vida en común.

La calumnia puede ser causa de delito, tal y como se desprende del Artículo 356 del Código Penal para el Distrito Federal, que señala lo siguiente:

Comete el delito de calumnia, por las siguientes causas:

I. Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso o es inocente la persona a quien se imputa.

II. Al que presente denuncias, quejas o acusaciones calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su tutor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido; y

III. Al que, para hacer que un inocente aparezca como reo de un delito, ponga sobre la persona del calumniado, en su casa o en otro lugar adecuado para ese fin, una cosa que pueda dar indicios o presunciones de responsabilidad.

**XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.**

Existen dos formas de interpretar esta causal, una que estima que cuando la vida conyugal se interrumpe por más de dos años, debido a la reclusión del acusado, es en función de que ha roto la vida matrimonial y se ha impedido los fines del matrimonio, que fundamentalmente consisten en realizar vida en común, por lo que el legislador considera que habrá causa de divorcio, como la reconoce, cuando el cónyuge que con motivo justificado se separa de la casa conyugal, por ser el esposo inocente, no entabla su demanda dentro del término que le establece la ley y por el solo hecho de haber roto la vida conyugal impidiendo los fines del matrimonio, el que fue culpable se convierte en inocente por el transcurso del tiempo y podrá pedir el divorcio, fundado en esa causa.

La otra interpretación consiste en sostener que el divorcio se admite como una sanción contra el cónyuge que comete un delito y que es declarado culpable, siempre y cuando la pena que se le imponga sea mayor de dos años de prisión.

Las razones anteriores son en función de la deshonra que existe para el cónyuge inocente y sus hijos y cuando el otro cónyuge es penalmente considerado responsable por un delito deshonroso para la familia.

**XV. El alcoholismo o el hábito de juego de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.**

El juego que menciona esta norma ha de ser de los llamados juegos de azar, porque por las pérdidas económicas que producen, causan la ruina de la familia.

El vicio de la embriaguez degenera de tal modo al que lo tiene, por sí solo convierte a su víctima en un ser inepto para cumplir sus obligaciones familiares.

Requiere esta causal que se reúnan dos circunstancias: el hábito vicioso y la amenaza de la ruina de la familia o el vicio que provoca una constante desavenencia conyugal.

El Juez debe calificar en cada caso si se aúnan las dos circunstancias, ya que puede suceder que los hábitos de vicios señalados en alguno de los cónyuges, hayan sido siempre tolerados por el otro y no amenacen la ruina de la familia y ante circunstancias posteriores en un tercero por parte del cónyuge demandante, toma esos vicios como causa de divorcio.

**XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada.**

Esta causa implica la separación forzosa de los cónyuges y de los hijos, ya que uno de ellos ha ocasionado un grave problema para el seno familiar y la mejor manera de que exista protección para la familia, es que vivan en un seno familiar de respeto.

**XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro o hacia los hijos de ambos o de alguno de ellos.**

Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como la omisión grave que se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física o ambas, independientemente del lugar en que se lleve a cabo y que pueda producir o no lesiones

**XVIII. El incumplimiento justificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.**

Esto se da cuando uno de los cónyuges acuden ante las autoridades para resolver diferencias conyugales, por causas de violencia familiar dentro del matrimonio, muchas veces se acude ante estas instancias para no seguir perjudicando a los hijos, posteriormente se busca que la autoridad intervenga, entonces se manda a citar al cónyuge que esta realizando estas conductas, pero muchas veces los cónyuges no acuden a los llamados que le realizan las autoridades competentes.

**XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.**

Esta causa es para dar protección a los menores y a la familia, es por eso que el legislador busco el resguardo de la familia, muchas veces para buscar el desarrollo de lo menores en un estado de respeto, para su sano desarrollo.

**XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.**

Los cónyuges deben de planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia, ya que la fecundación artificial debe ser una decisión de pareja, ya que este derecho ambos lo ejercerán.

Esta causal condiciona a la fecundación artificial debe realizarse con el consentimiento de los cónyuges.

**XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad lícita.**

El derecho que tienen ambos cónyuges de desempeñar cualquier actividad excepto las que dañan la moral o la estructura de la familia, en este caso, cualquiera de los dos puede oponerse, a que el otro desempeñe una actividad de trabajo lícita, esto conforme al Artículo 169 del Código Civil para el Distrito Federal, en este caso cuando no se llegue a respetar esta regla se podrá solicitar el divorcio.

**Presupuestos para la acción de divorcio necesario.**

- 1) La existencia de un matrimonio válido.
- 2) Que exista una de las causas legales o varias de ellas que produzcan a favor del cónyuge inocente la acción de divorcio.
- 3) Que la acción se ejercite en tiempo hábil.
- 4) Que no haya mediado por parte del cónyuge inocente perdón expreso o tácito.
- 5) Que se promueva ante el juez competente.
- 6) Que la parte que lo promueva tenga capacidad procesal para hacerlo.
- 7) Que el escrito de demanda se ajuste a los preceptos legales.

**Características de la Acción de Divorcio.**

**a) La acción de divorcio es una acción sujeta a caducidad o prescripción.**

El plazo para la prescripción es de seis meses contados a partir del momento en que se tiene conocimiento de la causal, es evidente que esta forma de contar el tiempo puede crear graves problemas, ya que el hecho pudo haber acaecido muchos años antes de que se enterara el cónyuge inocente.

La extinción de la acción de divorcio, se da con la reconciliación y el perdón tácito o expreso sin causas de extinción de la acción de divorcio. La reconciliación presupone perdón mutuo y pone fin de común acuerdo al estado de desavenencia.

El perdón presupone culpa de alguno de los cónyuges y de forma unilateral el inocente perdona el agravio, ya sea con palabras, por escrito o con actos que de manera tácita hagan suponer el perdón de la falta, la reanudación de la vida en común es la forma más frecuente de reconciliación o perdón.

No puede intentarse un nuevo juicio por las causas perdonadas, pero sí por otras de la misma naturaleza, la muerte de cualquiera de los cónyuges culpable o inocente, pone fin a la acción, se haya iniciado o no el juicio de divorcio.

**b) Carácter personalísimo de la acción de divorcio.**

La acción de divorcio es personalísima porque no puede ser intentada por los herederos.

**c) La acción de divorcio se extingue por reconciliación o por perdón expreso o tácito.**

La reconciliación de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere sentencia ejecutoriada, en este caso los interesados deberán denunciar la reconciliación al juez, sin que la omisión de esta denuncia destruya los efectos producidos por la reconciliación.

El perdón debe ser evidente de que se reanude la vida conyugal en todas sus manifestaciones, en la ayuda recíproca, en la convivencia común, si continúan las relaciones sexuales.

**d) La acción de divorcio se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges.**

**e) La acción de divorcio sólo se otorga al cónyuge que no dio causa al mismo.**

En nuestro Código Civil, señala que sólo puede pedir el divorcio el cónyuge que no hubiere dado causa a él, lo que equivale a decir que será inocente o bien el cónyuge sano en caso de enfermedades.

Evidentemente que esta característica de la acción de divorcio no impedirá que si ambos consortes hayan dado causa al divorcio o bien incurriendo en el mismo hecho o incurriendo en diferentes consecuencias.

**Efectos Provisionales del Divorcio.**

Son efectos provisionales todas aquellas medidas que decreta el Juez mientras dura el juicio de divorcio.

**a) Respecto a los cónyuges.**

El Juez deberá decretar su separación, señalar y asegurar los alimentos que deberá dar el deudor alimentista, tanto al cónyuge como a los hijos.

Ordenar la salida del cónyuge demandado de la vivienda donde habita el grupo familiar, tal y como se desprende del Artículo 282 en su Fracción VII en su inciso a.

Prohibir que el cónyuge demandado ir a lugar determinado, o sea, donde labore o donde este viviendo si es fuera del domicilio conyugal, tal y como se desprende del Artículo 282 en su Fracción VII en su inciso b.

Prohibir que el cónyuge demandado se acerque a la esposa, a una distancia que el propio juez considere pertinente, tal y como se desprende del Artículo 282 en su Fracción VII en su inciso c.

Dictar medidas precautorias, en caso de que la esposa quede embarazada.

**b) Respecto a los hijos.**

Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos provisionalmente.

Si se ponen de acuerdo, su cuidado estará a cargo de la persona que los cónyuges determinen, de no ser así, el que solicite el divorcio lo propondrá, previa audiencia con asistencia del demandado, el juez resolverá sobre la custodia de los menores. Si no hubiere causa grave, los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre.

El modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, así como especificando la pensión alimenticia provisional que se le deba de dar, esto conforme al Artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal en su Fracción II.

La casa que servirá de habitación a los hijos, el modo de atender las necesidades de los hijos a quien deba darse alimentos, así como especificando la pensión alimenticia provisional que se le deba de dar, esto conforme al Artículo 273 del Código Civil del Distrito Federal en su Fracción IV.

**c) Respeto a los bienes.**

El Juez dictará las medidas conducentes para que ninguno de los cónyuges cause perjuicio en los bienes del otro o en los de la sociedad conyugal, evitando que los oculten o que dispongan ilegalmente de ellos.

Requerirá a ambos cónyuges, un inventario de sus bienes y derechos y cuales se encuentran bajo el régimen de sociedad conyugal, si fue por el régimen por el que se casaron, tal y como se desprende del Artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal en su Fracción IX.

La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal, conforme al Artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal en su Fracción VI.

Ordenar cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad, conforme al Artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal en su Fracción III.

**Los Efectos Definitivos del Divorcio.**

Son aquellos que se actualizan al dictarse la sentencia que decreta el divorcio y que, por consiguiente, establecen el nuevo estado de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro.

**a) Respeto a los cónyuges.**

El efecto principal es el rompimiento del vínculo matrimonial, con lo que determinan las obligaciones derivadas del matrimonio, así, ambos esposos quedan en libertad de contraer nuevas nupcias.

El cónyuge culpable del divorcio deberá dar alimentos al inocente, teniendo en cuenta su situación económica y la posibilidad de trabajar de ambos, el Juez debe tomar en cuenta las circunstancias del caso, entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos a favor del inocente.

El mismo derecho señalado anteriormente, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.

Siempre que se haya puesto en la demanda, el cónyuge podrá solicitar una indemnización de hasta el 50% del valor de los bienes que hubiere adquirido, durante el matrimonio, siempre que:

I. Hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes.

II. El demandante se haya dedicado en el lapso en que duró el matrimonio, preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y en su caso, al cuidado de los hijos.

III. Durante el matrimonio el demandante no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte.

**b) Respecto a los hijos.**

El Juez fijará la situación de los hijos menores después de oír a los abuelos, los tíos y los hermanos mayores cuando lo pidieren y tienen plena facultad para resolver sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pudiendo decretar su pérdida o suspensión y las limitaciones pertinentes en bien de los hijos.

En lo que toca a la obligación alimentaria de los padres en relación con los hijos, la misma no se modifica por el cambio de estado de los progenitores, ya que estos siempre están obligados a dar alimentos a sus hijos en proporción a su fortuna, pudiéndose establecer como obligación de uno solo, por convenio o sentencia.

Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos, la casa que servirá del hijo y el monto de pensión definitiva que se le debe de proporcionar.

**c) Respecto a los bienes.**

El principal efecto es la liquidación de la sociedad conyugal. En las capitulaciones matrimoniales deben sentarse las bases de la liquidación de esta sociedad y si fueron omisas, se estará a las reglas generales de liquidación de las sociedades civiles.

La sentencia de divorcio disuelve la sociedad conyugal, por lo que debe procederse a su liquidación, la que puede ser hecha por los excónyuges o por un liquidador nombrado por ellos o por el juez, si no hay acuerdo. Como en cualquier liquidación, deben inventariarse los bienes y deudas comunes.

*Terminado el inventario y avalúo de los mismos se pagarán los adeudos de la sociedad y se devolverá a cada esposo lo que hubiera aportado al matrimonio, dividiéndose el sobrante de la forma convenida, si hubiere pérdidas, se deducirán de lo que cada cual hubiere aportado en proporción a la parte que en las utilidades le hubiera correspondido, si sólo uno aportó capital, de éste se deducirán las pérdidas.*

**d) Divorcio Voluntario;**

Es el divorcio, en el que los cónyuges en común acuerdo lo solicitan y se substanciará de manera administrativa o judicialmente.

El Divorcio Voluntario a la vez se divide en:

**1) Divorcio Voluntario Judicial.**

Requisitos para solicitarlo.

- a) Se trate de matrimonios de menores o alguno de los esposos lo sea.
- b) Existan hijos.
- c) No se haya disuelto la sociedad conyugal de común acuerdo.
- d) Cuando falte alguno de los requisitos previstos para el divorcio administrativo.

**Procedimiento para realizarlo.**

- 1.- Deberá presentarse la demanda respectiva, la cual solo podrá ser cursada por los interesados y acompañada del convenio correspondiente, en el que se fijará la situación de los cónyuges, hijos y bienes, durante el procedimiento y después de decretado el divorcio.
- 2.- El Juez citará a los solicitantes para la celebración de dos reuniones de avenencia, a las cuales deberán concurrir los esposos, sin asesores, en cada una de ellas el juez los exhortará a meditar acerca del paso que pretenden dar y procurará avenirlos para que se desistan del divorcio.
- 3.- El Juez dictará sentencia en el caso de que los solicitantes insistan en divorciarse, y si el convenio llena los requisitos legales.
- 4.- Si a consecuencia de la exhortación del Juez, los cónyuges deciden reconciliarse, el procedimiento queda sin efecto por desistimiento de las partes y como efecto de ello no podrán intentar un nuevo juicio de divorcio voluntario sino hasta pasado un año desde su reconciliación.

El convenio que debe acompañar la demanda en el divorcio, establecerá:

- 1) La persona que se hará a cargo de los hijos menores.
- 2) La manera en que se atenderá a las necesidades de los hijos menores.
- 3) El domicilio en el que habitará cada uno de los cónyuges.
- 4) La forma de garantizar los alimentos del acreedor alimentario durante el procedimiento.
- 5) El modo de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento.

6) La designación del liquidador de la sociedad conyugal.

7) El inventario de bienes y deudas comunes.

## **II) Divorcio Voluntario Administrativo.**

### **Requisitos para solicitarlo.**

a) Sean mayores de edad.

b) No tengan hijos y la mujer se encuentre en estado de gravidez.

c) Se hayan casado por separación de bienes o hayan liquidado la sociedad conyugal, si por este segundo régimen se casaron.

d) Tengan como mínimo un año de casados, a partir de la celebración del matrimonio.

### **Procedimiento por la Vía Administrativa.**

Se tramita ante el Juez del Registro Civil a que corresponda el domicilio conyugal.

1.- Deberá llenarse la solicitud de divorcio a la que acompañarán el acta de matrimonio y el comprobante de la mayoría de edad de los cónyuges, si por su aspecto se estima que son menores de edad.

2.- El Juez los identificará plenamente, levantará un acta de la solicitud y los citará para que en el término de 15 días asistan a ratificarla en una segunda presentación.

3.- Si en la segunda reunión los solicitantes ratifican su intención de divorciarse, el Juez declarará que quedan divorciados, levantando el acta respectiva, lo que será anotado al margen de la partida de matrimonio

### **Consecuencias Jurídicas del Divorcio por Mutuo Consentimiento.**

El Divorcio extingue el vínculo matrimonial y deja en libertad a los divorciados de contraer un nuevo matrimonio válido.

La mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes, mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato, el mismo derecho tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes.

En cuanto a los hijos, ambos excónyuges conservan la patria potestad sobre sus hijos menores. En el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio y que fue aprobado por el Juez y por el Ministerio Público queda establecido lo relativo a la custodia y sostenimiento de los hijos.

En cuanto a los bienes, se aplicara en relación a los acuerdos establecidos y aprobados.

Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el Juez de lo Familiar remitirá copia de ella al Juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio, para que levante el acta correspondiente y además para que publique el extracto de la resolución, durante quince días en las tablas destinadas al efecto, conforme al Artículo 291 y 114 del Código Civil para el Distrito Federal.

Una de las consecuencias que derivan del nacimiento de un hijo, tiene relación con la paternidad y la procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que interesa, no sólo a los padres e hijos, sino también al derecho es por eso que debemos realizar un análisis para establecer la filiación de aquellos hijos que nazcan por medios de " Fecundación Asistida ", misma que se debe de realizar por el consentimiento de los cónyuges.

## CAPITULO III.

### FILIACIÓN .

#### 3.1 Consideraciones Generales.

La filiación tiene una relevante importancia, ya que se genera con la procreación y porque se exige una permanente atención al hijo hasta que alcanza su desarrollo que le permita integrarse a la comunidad.

La concepción, gestación y nacimiento son hechos naturales del hombre que toma en consideración el derecho y tiene relación con la paternidad y la procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que interesa no sólo a los padres e hijos, sino también a la comunidad y al Estado.

Como en todas las instituciones de la familia, la filiación tiene una trascendencia moral y patrimonial-económica para la persona y para la familia, moral porque de la filiación puede depender el nombre de la persona, su honor, la integración del grupo familiar, y económico porque de ella se derivan el derecho a los alimentos y los derechos sucesorios.

La filiación jurídica debe basarse en la filiación biológica, debe tomar de ella las presunciones e indicios para establecer la relación de parentesco, conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre, conforme al derecho puede haber hijos sin padre y madre, ya sea porque se desconozca o porque sabiéndose su identidad, no haya llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación jurídica de filiación.

Son distintas las situaciones que se generan por los hijos habidos de matrimonio, las que se generan por los hijos nacidos fuera de matrimonio, aun cuando la ley les señale una igual dignidad humana, pero es evidente que sus orígenes son diversos y tales hechos generan situaciones distintas, que pueden afectar adversamente a los hijos extramatrimoniales, quienes pueden encontrarse en una situación crítica al no ser reconocidos por sus padres o al menos por el padre, toda vez que la filiación de la madre es comprobable por el parto.

La maternidad es un hecho indubitable y la paternidad es sólo una presunción jurídica que surge con certeza dentro del matrimonio, cierto es que una pareja bien solidificada gracias a su autosuficiencia económica y equilibrio y madurez emocional, que deciden compartir su existencia y procrear, el matrimonio no es tan indispensable, ya que ésta pareja vive su propia ética manifestada en una relación estable, armoniosa, gratificante y cuando nacen los hijos, los reconocen ambos con el acta de nacimiento.

La mayor parte de los seres humanos, en sus relaciones de pareja, no tienen la preparación cultural, suficiencia económica individual, estabilidad emocional, sentido ético y responsable de su propia conducta para sí y en su relación con los demás, de allí que el inicio de sus relaciones como formadores la familia, debe ir acompañado de la formalidad matrimonial que de alguna manera los

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

puede constreñir en un momento dado, al cumplimiento de sus obligaciones entre sí y respecto de sus hijos, la gente normalmente se casa y al procrear sus hijos surge una filiación paterna cierta, el esposo es el padre.

La familia se forma alrededor de la madre, el marido sólo puede estar seguro de su paternidad por la honradez de la esposa, solo los hermanos saben por la fe, que tienen de la honestidad de su madre común, todo el parentesco se basa en la madre y no en el padre.

La incertidumbre de la paternidad no es biológica sino social, ya que solo una célula masculina puede engendrar el producto en la madre, esa incertidumbre la despeja el derecho por medio de presunciones que si bien se basan en elementos biológicos, hacen otro tipo de atribuciones basadas en la integridad de la familia, la paz social, etc.

### **3.2 Concepto.**

#### **a) Filiación Matrimonial.**

Es la relación Jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado.

Este concepto amplio toma los nombres de paternidad y maternidad.

#### **Maternidad.**

Es un hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, se da dentro o fuera del matrimonio.

#### **Paternidad.**

Es una presunción jurídica *juris tantum*.

La paternidad habida fuera de matrimonio es incierta por principio y sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un Juicio de Investigación de la Paternidad.

#### **b) Filiación Extramatrimonial.**

Para Manuel F. Chávez Asencio, " Es la filiación de hijos concebidos por los progenitores, que no están unidos en matrimonio ". 24

---

24 Chávez Asencio, Manuel F. *La Familia en el Derecho: Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, Editorial Porrúa, México, 1990, Pág. 119

Para Sara Montero Duhal, " Es la relación jurídica entre progenitores e hijos que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona. 25

### **3.3 Clases de filiación;**

#### **a) Matrimonial.**

El hijo que nace de pareja unida en matrimonio tiene a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna, sino la de paternidad con respecto al marido de su madre.

El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como del propio padre.

En razón del estado de casados los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad.

La filiación se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la propia ley.

#### **b) Extramatrimonial.**

Esta filiación hacen referencia tanto a los nacidos de padres que nunca se casaron, como a los hijos nacidos de padres casados cuando hubieren nacido después de trescientos días de la disolución.

Este tipo de filiación también hace referencia a los matrimonios nulos, ya que no afecta la filiación de los hijos, tal y como lo consagra el artículo 344 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este tipo de filiación se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada

### **3.4 Consecuencias Jurídicas;**

#### **a) En Relación a los hijos Matrimoniales.**

Los efectos en relación a los hijos son los mismos independientemente de que sean hijos de matrimonio o fuera de matrimonio.

---

25 Montero Duhal, Sara, *Derecho de Familia*, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1992, Pág. 302

**1) Derecho al nombre.**

El nombre es la denominación verbal o escrita de la persona, sirve para distinguirla de las demás que forman el grupo social, haciéndola en cierto modo, inconfundible.

El nombre tiene por objeto la identificación de la persona, el cambio o modificación de éste produce graves consecuencias, por lo que la ley penal castiga a quien comete tales hechos.

*El nombre se confiere en el momento en que nace la persona, de aquí que sea una facultad inherente a la misma, ya que el derecho le atribuye este derecho a la persona humana para su debida individualización y tutela por el derecho objetivo.*

El nombre cumple una función dentro del campo civil, para diferenciar a los sujetos y referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas, tanto en el Registro Civil como en el Registro Público de la Propiedad se podrían imputar derechos o se determinan situaciones jurídicas en función del nombre, es por eso que se busca la identificación individual e introducir una medida de orden para evitar controversias que de otra manera se presentarían, si no se identifican los derechos en relación con sujetos determinados.

El derecho al nombre además de tener importancia en las relaciones de derecho privado, se tiene también en el derecho público, además de ser un derecho, es también un deber porque el interés público exige que una persona no se confunda con otra.

El derecho del nombre es un derecho subjetivo de carácter extramatrimonial, es decir, no es valorable en dinero, ni puede ser objeto de contratación, se trata de una facultad jurídica que no se transmite de manera hereditaria y no figura dentro del patrimonio del Estado.

El nombre viene de generación en generación, como consecuencia de un atributo común a un conjunto de miembros que integran la familia

Este efecto consiste en que los padres están obligados en darles los apellidos paterno y materno a sus hijos para integrar el tronco común de sus descendientes.

*El Artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal, hace referencia a este derecho que tiene un hijo reconocido, que a la letra dice:*

*“Tendrá derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca”.*

Como dato de identificación en el acta de nacimiento, deberá constar el nombre y apellidos que le correspondan al hijo, si se trata de matrimonio se anotan ambos apellidos paternos, si se trata de hijos extramatrimoniales se anota el apellido del que lo reconozca o de ambos si lo hacen.

Con el nombre tenemos la facultad de impedir que otro interfiera en nuestra persona misma, el uso indebido del nombre se traduce necesariamente en la invasión de otros derechos, cuando alguien se pretende atribuir un nombre que no le corresponde, generalmente es para ejercer un derecho ajeno.

El nombre se otorga a los descendientes, cuando son legítimos, en el momento de que nacen o posteriormente al ser reconocidos o legitimados.

*JURISPRUDENCIA.*

**“ NOMBRE, PRUEBA IDÓNEA PARA ACREDITAR EL ( LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SAN LUIS POTOSÍ ) “.**

La prueba idónea para acreditar el nombre y apellido con que una persona se encuentra registrada es una copia certificada del acta de nacimiento que se levantó ante el oficial del Registro Civil, ya que es en este acto en donde se adquiere el nombre y se hace constar la filiación del interesado, conforme a lo establecido por el Código Civil del Estado de San Luis Potosí, que a su letra dice: “ El acta de nacimiento se extenderá con asistencia de dos testigos que pueden ser designados por las partes interesadas, el cual contendrá el día, la hora, el lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que se le pongan, sin que por motivo alguno puedan omitirse y la razón de si se ha presentado vivo o muerto, se tomará al margen del acta de impresión digital del presentado.

Si éste se presenta como hijo de padres desconocidos, el Oficial del Registro Civil le pondrá nombre y apellido, haciendo constar esta circunstancia en el acta, el registro de la persona, sólo puede acreditarse con una copia certificada del Registro Civil, salvo los casos de excepción.

**“ NOMBRE, CAMBIO DEL ASENTADO EN EL ACTA DE NACIMIENTO. SOLO PROCEDE EN LOS CASOS EXPRESAMENTE AUTORIZADOS POR LA LEY “.**

Conforme a lo previsto en el artículo 135 del Código Civil para el Distrito Federal, la rectificación de un acta del Registro Civil sólo procede en dos casos concretos, como son: .

1.- Por falsedad, cuando se alega que el suceso registral no pasó.

II.- Por enmienda, cuando se solicite variar algún nombre u otra circunstancia, sea esencial o accidental, cuando la rectificación se solicita no con apoyo en alguno de los dos supuestos antes señalados, ya que no se alega que en el acta que se requiere rectificar exista una falsedad, error, sino que se invoca solamente por el desajuste existente entre el nombre de la persona y su realidad jurídica y social, se deriva del hecho de que la misma siempre ha sido llamada de manera distinta a como aparece registrada, a iniciativa de sus padres, por tanto, por no ser nuestro derecho susceptible de ser cambiado el nombre por la simple voluntad se debe fundamentar en los supuestos previstos en la ley, lo que en el caso no acontece, es por lo que procede estimar que, aunque se hubiere acreditado el hecho que fundó la acción, éste no sería idóneo para justificar la rectificación intentada.

**“ REGISTRO CIVIL. RECTIFICACIÓN DEL NOMBRE EN EL ACTA DE NACIMIENTO PARA AJUSTARLA A LA REALIDAD SOCIAL “.**

A un cuando en principio, el nombre con que fue registrada una persona, sin embargo, en los términos de la fracción II del Artículo 135 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, es procedente la rectificación del nombre en el acta de nacimiento, no solamente en caso de error en la anotación, sino también cuando existe una evidente necesidad de hacerlo, como en el caso en que se ha usado constantemente otro diverso de aquel que consta en el registro y sólo con la modificación del nombre se hace posible la identificación de la persona, se trata entonces de ajustar el acta a la verdadera realidad social y no de un simple capricho, siempre y cuando, esté aprobado que el cambio no implica actuar de mala fe, no se contraría la moral, no se defrauda ni se pretende establecer o modificar la filiación, ni se causa perjuicio a tercero.

**“ REGISTRO CIVIL. RECTIFICACIÓN DEL NOMBRE EN EL ACTA DE NACIMIENTO PARA AJUSTARLA A LA REALIDAD SOCIAL “.**

Para que proceda la acción de rectificación del nombre en el acta de nacimiento a fin de ajustarla a la realidad social, es necesario comprobar que existe un divorcio absoluto entre el nombre del registro y el que usa esa persona en su vida diaria y en sus relaciones sociales y jurídicas, de tal forma que solo mediante la modificación del nombre sea posible la identificación de la persona.

**“ REGISTRO CIVIL. RECTIFICACIÓN DE ACTAS DEL. MATERIA.**

No debe determinarse en un juicio de rectificación el establecimiento de una filiación, porque dicho juicio no es el medio adecuado que sustituya al de investigación de la paternidad o de la maternidad, en su caso, el juicio de rectificación estriba solo en modificar el acta del estado civil, cuando los elementos de ella, no coinciden con la realidad de los hechos.

**“ REGISTRO CIVIL. RECTIFICACIÓN DE ACTAS DEL. NECESIDAD DE LLAMAR A JUICIO A LAS PERSONAS DIRECTAMENTE INTERESADAS.**

No puede proceder una acción de nulidad o rectificación de acta de nacimiento, si no se cita a juicio a todos los que de acuerdo con el texto del acta resultarían afectados en caso de que se declara fundada la acción.

**“ REGISTRO CIVIL. RECTIFICACIÓN DE ACTAS DEL. NECESIDAD DE LLAMAR A JUICIO A LAS PERSONAS DIRECTAMENTE INTERESADAS.**

Si se demanda la rectificación del acta de nacimiento de una persona para asentar el nombre de su madre, con lo cual se modificaría la filiación, si solamente se endereza la acción contra el Juez del Registro Civil y contra el padre, pero no contra la sucesión de la presunta madre, resulta imposible dictar sentencia condenatoria, por no integrarse la relación procesal, ya que tratándose de un litis consorcio pasivo necesario deben ser oídos y vencidos en juicio todos aquellos cuya situación se vaya a afectar con la sentencia.

**“ REGISTRO CIVIL. RECTIFICACIÓN DE ACTAS DE. SI EL ACTOR SOSTIENE QUE EL ACTA POR RECTIFICAR ES LA SUYA REQUIERE PROBAR SU IDENTIDAD CON EL TITULAR DE LA MISMA.**

Si una persona demanda la rectificación de un acta de nacimiento que dice ser la suya, se requiere que acredite como elemento indispensable la legitimación de causa de la rectificación, su identidad con la persona que por medio de dicha acta aparece registrada, a fin de adecuarse al supuesto de legitimación que consagra la fracción I del Artículo 136, que dice las personas de cuyo estado se trata.

**“ ACTAS DE NACIMIENTO, RECTIFICACIÓN DE. INSUFICIENCIA DE LA CONFESIÓN DEL DEMANDADO ( LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA ).**

En el juicio de rectificación de actas de nacimiento en que pueden afectarse actuaciones de una institución de orden público, como lo es el Registro Civil, la confesión del demandado no es suficiente para probar la acción.

**2) Patria Potestad.**

Al existir la relación jurídica paterno-filial, automáticamente existen los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores.

La patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica paterno-filial, se ejerce por ambos progenitores en el matrimonio y también por ambos en el caso de hijo nacido fuera de matrimonio cuando los padres viven juntos.

**3) Alimentos.**

Como consecuencia de la relación jurídica paterno-filial, incumbe a los padres respecto a los hijos matrimoniales como a los reconocidos, la obligación de alimentarlos en los términos establecidos por el Código Civil y la obligación de los hijos dar también los alimentos a los padres en los supuestos que marcan los Artículos 303 y 304 de la ley mencionada anteriormente.

**4) Sucesión Legítima.**

Establecida la relación jurídica paterno-filial, los hijos tienen derecho a recibir su porción hereditaria que les corresponde y los alimentos que fija la ley.

Los artículos 1602 Fracción I y 1624 del Código Civil para el Distrito Federal, indica los casos en que unos de los cónyuges tiene derecho a heredar:

**Fracción I.** Tienen derecho a heredar por Sucesión Legítima:

Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina.

En relación a los alimentos, el testador tiene la obligación de dejar alimentos a sus descendientes menores de 18 años, respecto de los cuales tenga obligación de proporcionárselos al momento de su muerte, en caso de no ser suficientes y haber otros acreedores, se suministrará a prorrata entre los que tengan derecho a ellos.

En la sucesión legítima se confirma quienes tienen derecho a heredar y los que tendrán preferencia son los descendientes del autor de la herencia.

**b) En relación a los hijos extramatrimoniales.**

**A) Genera estado de familia.**

El hecho de el reconocimiento de un hijo genera un estado de familia, por el cual pasa a situarse dentro de la familia en calidad de hijo , con todos los deberes, derechos y obligaciones.

Surte efectos en relación a todos los hombres y no sólo entre el reconocido y quien lo reconoce, es hijo de quien lo reconoce frente a él, sus familiares y todas las personas, este efecto se obtiene con la anotación en el Registro Civil, ya que en el Artículo 81 del Código Civil para el Distrito Federal señala que la omisión del Registro Civil, no quita los efectos legales del reconocimiento hecho conforme a las disposiciones que indica el Código Civil.

**B) Patria Potestad.**

El hijo reconocido entra bajo la patria potestad de quien lo reconoce, institución promotora y protectora de la persona y bienes de los menores no emancipados.

**C) Tutela Legítima.**

El reconocimiento puede dar lugar a la tutela legítima cuando esta tenga que ser constituida y lo serán los padres, hermanos y en caso de incapacidad de estos, corresponderá los parientes colaterales, dentro del cuarto grado, tal y como se desprende del artículo 483 del Código Civil para el Distrito Federal.

A falta de los señalados anteriormente para desempeñar la patria potestad, serán llamados los abuelos, los hermanos del incapacitado y los parientes colaterales, dentro del cuarto grado.

#### **D) Apellidos.**

El nombre se confiere al momento de nacer la persona, de aquí que sea una facultad inherente a la misma, ya que el derecho le atribuye este derecho en calidad de persona humana para su debida individualización y tutela por el derecho objetivo.

El nombre cumple una función dentro del campo civil, diferencia a los sujetos para poder referir a ellos consecuencias jurídicas determinadas, tanto en el Registro Civil como en el Registro Público de la Propiedad se podrían imputar derechos o se determinan situaciones jurídicas en función del nombre, es por eso que se busca la identificación individual e introducir una medida de orden para evitar controversias que de otra manera se presentarían, si no se pudiesen identificar los derechos en relación con sujetos determinados.

Este efecto consiste en que los padres están obligados de darles los apellidos paterno y materno, correspondientes a cada uno, de los cuales deriva de la obligación que tienen los padres, respecto a los hijos de conceder su apellido para integrar el tronco común de sus descendientes.

El Artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal, hace referencia a este derecho que tiene un hijo reconocido, que a la su letra dice:

“Tendrá derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca”.

Como dato de identificación en el acta de nacimiento, deberá constar el nombre y apellidos que le correspondan al hijo, si se trata de matrimonio se anotan ambos apellidos paternos, si se trata de hijos extramatrimoniales se anotará el apellido del que lo reconozca o de ambos, si ambos lo hacen.

#### **E) Alimentos.**

El Artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal señala lo siguiente:

“ Es obligación de dar alimentos los padres en a los hijos, aun cuando exista la nulidad de matrimonio y también los concubinos están obligados a darse alimentos “.

Como consecuencia de la relación jurídica paterno-filial, incumbe a los padres respecto de los hijos matrimoniales como a los reconocidos, la obligación de alimentarlos en los términos establecidos por el Código Civil, e incumbe a los hijos dar también los alimentos a los padres en los supuestos que marcan los Artículos 303 y 304 de la ley mencionada anteriormente.

**F) Sucesión.**

Los artículos 1602 Fracción I y 1624 del Código Civil para el Distrito Federal, indica los casos en que unos de los cónyuges tiene derecho a heredar:

Fracción I. Tienen derecho a heredar por Sucesión Legítima:

Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina.

En relación a los alimentos, el testador tiene la obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años y respecto de los cuales tenga obligación de proporcionárselos al momento de la muerte, en caso de no ser suficientes y haber otros acreedores, se suministrará a prorrata entre los que tengan derecho a ellos.

En la sucesión legítima tienen derecho a heredar los descendientes del autor de la herencia.

**G) La guarda y custodia..**

Tal y como se desprende del Artículo 380 del Código Civil del Distrito Federal que a su letra dice:

“ Cuando el padre y la madre que no vivan juntos y reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su guarda y custodia o en su caso el Juez de lo Familiar, siempre oyendo al padre, la madre y al Ministerio Público, el cual se resolverá atendiendo siempre al interés del menor “.

Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público, tal y como se desprende del Artículo 381 del Código Civil del Distrito Federal.

### 3.5 Pruebas;

#### Pruebas en la Filiación Matrimonial.

##### I. Actas De Registro Civil.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida del nacimiento del Registro Civil.

Con este razonamiento se trata de acreditar la filiación de hijos nacidos de matrimonio y por lo tanto, requiere la prueba del matrimonio de los padres, ya que el testimonio del acta de nacimiento sólo acredita el hecho natural, aun cuando en ella se transcriban los nombres de los padres y abuelos, razón por la cual debe completarse con el acta de matrimonio de los padres, para tener el hijo como nacido de matrimonio.

Para el supuesto de que un hijo, hubiese nacido dentro del matrimonio, se requiere del reconocimiento el cual se da automáticamente con la partida del nacimiento, tal y como se desprende del artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal.

En la práctica usual ante autoridades administrativas y judiciales resulta suficiente la exhibición del acta de nacimiento para probar, la relación de la madre, el parto y la identidad del sujeto que la *presenta y consecuentemente la paternidad del cónyuge fundada en la presunción.*

Tal y como se desprende del Artículo 54 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, las declaraciones de nacimiento se hará presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en la oficina correspondiente o en el lugar donde aquél hubiere nacido.

Los requisitos que debe reunir el acta de nacimiento, los menciona el Artículo 58 del Código Civil Vigente del Distrito Federal, el cual menciona “ Que se levantará con asistencia de dos testigos, el cual 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 “.

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 centro de reclusión del Distrito Federal, el Juez del Registro Civil deberá asentar como domicilio del nacido, el que señalen sus padres.

Además de los requisitos que deben llevar las actas de nacimientos, también se deberán asentar los datos siguientes que son nombre, domicilio, nacionalidad de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación.

Cuando no existan actas o éstas son defectuosas, incompletas o falsas, la filiación de los hijos se probará con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio.

Cuando el Código Civil habla de *actas defectuosas* es porque existen errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole que no afecten los datos esenciales, cuando se hubiere variado un nombre u otra circunstancia que sea esencial o accidental, tal y como se desprende del Artículo 135 en su Fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, en el cual para subsanar este error deberá acudir a un juicio de rectificación de actas, que se seguirá en la forma establecida en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Corregida la acta defectuosa, no será necesario acudir a otra de las pruebas previstas, como es la posesión constante del estado de hijo o en su caso todos aquellos medios de prueba que la ley autorice, ya que con esta corrección no se pretenda variar la filiación y atribuir un hijo a otra persona.

La acción de rectificación de actas procede para variar algún nombre u otra circunstancia, a fin de ajustar su asiento a la realidad social, pero no para realizar cambios que impliquen modificación de la filiación o establezcan la misma.

Cuando se hace referencia a una acta incompleta, es que falten datos que señalan los artículos 58 y 59 del Código Civil para el Distrito Federal que son datos esenciales como el día, hora y lugar del nacimiento, sexo del presentado, nombre y apellidos que le correspondan, la razón de si ha sido presentado vivo o muerto, la impresión digital del presentado, adicionalmente la referencia los nombres y apellidos de los padres o del que lo reconozca, su nacionalidad y el nombre de los testigos y deberá contener la firma de los que intervienen en este acto.

Como datos accidentales están el domicilio de los padres y testigos y algunos otros datos que aparecen en las formas del registro civil que no lleguen afectar la filiación.

Tratándose de acta incompleta por faltarle elementos esenciales sólo podrá promoverse la acción de estado civil, tal y como lo contempla el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles Vigente para el Distrito Federal

Si no se reúnen los elementos de la posesión de estado, son admisibles todos los medios de prueba que la ley autoriza para demostrar la filiación.

El artículo 40 del Código Civil para el Distrito Federal, nos da una pauta para el caso de que no existan registros o se hayan perdido o estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos.

Sin embargo, la simple prueba testimonial no basta sola, tiene que acompañarse con indicios, principio de prueba escrita o presunciones suficientes para llevar al ánimo del juez la demostración de la filiación.

En caso de que no exista el acta de matrimonio de los padres o se haya perdido o estuvieren ilegibles o faltaren las formas, como medio para probar la filiación de los hijos, se podrá recibir como prueba el instrumento judicial o testigos.

Si la ausencia de acta se debiera a que sólo uno de los registros faltare o tuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste, deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

## **II. Posesión de estado.**

La posesión de estado de hijo se aplica tanto a los hijos de matrimonio y los nacidos fuera de matrimonio.

Para probar la posesión de estado de hijo, se tiene que probar la existencia del matrimonio de los progenitores.

Mazeaud, la define como “ una reunión suficiente de hechos que indica la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer “.

Para comprobar la calidad de hijo, se requiere de que no exista el acta de matrimonio o no exista el acta de nacimiento

Elementos que configuran la posesión de estado:

- 1) Nombre: Se da cuando el hijo ha usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste.
- 2) Trato: Se da cuando el padre lo ha tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.
- 3) Fama: Que el hijo sea reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.

La fama es el elemento principal, ya que por circunstancias especiales e intereses privados podría establecerse un convenio por el cual una persona considere a otro hijo de él, en perjuicio de otros, es de considerar que el hijo nacido de matrimonio es hijo propio y por la familia del marido, se estima como elemento superior a los otros.

- 4) Diferencia de edad: Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo contada desde su concepción, o sea, diecisiete años de diferencia entre padre e hijo.

La prueba de la posesión de estado de hijo legítimo es plena, siempre y cuando no hubiere acta de nacimiento que la contradiga, es decir la posesión de estado de hijo jamás podrá operar en contra de un acta de nacimiento que acredite lo contrario, en el caso mencionado primero hay que comprobar la falsedad del acta, ya que por disposición legal, hace prueba plena, tal y como se desprende del Artículo 50 del Código Civil del Distrito Federal.

La posesión de estado de hijo por sí misma prueba sin necesidad de declaración judicial, pero sin embargo, en determinadas circunstancias habrá necesidad de obtener sentencia declarativa de autoridad judicial, mediante la reclamación del estado de hijo legítimo, una vez obtenida la sentencia tendrá efecto en el acta de nacimiento y hace prueba plena

La posesión de estado de hijo, es un hecho que requiere ser probado, el cual puede hacerse por cualquiera de los medios de prueba, sólo que la prueba testimonial no es admisible si no va acompañada de prueba escrita que la complemente, a efecto de evitar los riesgos de una falsa testimonial, salvo que las circunstancias generen indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que a juicio del Juez se consideren bastante graves.

Para Planiol, el principio de prueba por escrito, debe de emanar de las personas a quienes se opone o de los representantes de éstas, estas precauciones se dan porque la prueba testimonial fácilmente pueden elaborarse y presentarse testigo falsos, por lo cual se requiere que ésta se complemente con principios de pruebas por escritos o indicios, es decir pruebas indirectas o bien presuncionales bastantes fuertes, en la práctica mexicana la prueba testimonial está bastante desprestigiada por la frecuencia con que se presentan testigos falsos.

Cuando falte el acta de matrimonio de los padres y éstos estuvieron muertos, ausentes o enfermos y no se supiere dónde contrajeron matrimonio, pero se pueda demostrar que han vivido constantemente como esposos, puede la posesión de estado de casados suplir el acta.

La posesión de estado de casados es empleada como prueba para efectos de sustituir la prueba documental, cuando no exista el acta de matrimonio y sea imposible saber dónde se casaron los padres, los hijos sólo podrán invocar " la posesión del estado de casados " en dichas circunstancias, a efecto de comprobar su filiación legítima, pero deberá probar también la posesión de estado de hijo.

En el Derecho Civil Mexicano no se requiere de la presencia y comprobación de los elementos antes mencionados, ya que se podrá comprobar la posesión de estado de hijo de matrimonio, si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y la sociedad.

Para poder reclamar la posesión de estado de hijo, podrá usar la acción que establece el Código de Procedimientos Civiles, que es la acción de estado civil fundada en la posesión de estado, el cual tendrá como efecto jurídico amparar y restituir a la persona que ha sido perturbado en la posesión de los derechos de padre o de hijo.

Esta acción la podrán ejercitar toda persona que crea tener derecho a exigir en su favor un estado que, jurídicamente o de hecho no tiene, esta acción de reclamación de estado por sí misma evoca la de desconocimiento, por parte de aquellas personas a quienes perjudicaría la procedencia de aquélla y además la acción no siempre será provocada por una acción de reclamación de estado previa, puede suceder que ante una situación que atribuya a un individuo un estado determinado, existen personas interesadas que se crean con derecho para alegar ese estado, y que en consecuencia, ejerciten una acción de desconocimiento.

La vía en que se deberá promover ante los Juzgados de lo Familiar es la de un Juicio Ordinario Civil.

Técnicamente está prohibido acudir ante las autoridades judiciales para comprobar la filiación distinta a la que amparan el acta de nacimiento y la posesión de estado, esta prohibición se basa en el orden que establece el artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que por la falta de acta o fuere defectuosa o en su caso con la posesión constante de estado de hijo.

La acción que intenten promover por el hijo, sus descendientes, los herederos, los acreedores, los legatarios o donatarios, en los actos previstos por la ley tienen que demostrar el parto y la identidad del hijo.

La condición de la posesión del estado de hijo, se podrá perder por sentencia ejecutoriada.

Es principio del Derecho Procesal que la sentencia sólo surta efectos entre las partes litigantes, la sentencia ejecutoriada constituye la verdad legal aun cuando en ocasiones no corresponda a la realidad, ya que el derecho parte de que una sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada, es definitiva.

En ciertas cuestiones, como las del estado civil de las personas y las relativas al nombre de las mismas, se ha comprendido la dificultad que traería el darle alcance restringido a la sentencia, porque si se declara, que alguien es hijo de determinada persona, este efecto debe ser general frente a todo mundo, no sería posible estar discutiendo la filiación de una persona en múltiples casos y ante la posibilidad de que existan sentencias contradictorias, de aquí la necesidad de que el estado creado por una sentencia no sólo valga entre a los litigantes, es decir que tenga validez universal.

En nuestro derecho los artículos 92 y 93 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, consagran el valor absoluto de las sentencias relativas al estado civil, ya que se señala que la sentencia firme produce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente a juicio.

El tercero puede excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo, de esto se desprende que las sentencias relativas al estado civil, si surten efectos respecto de terceros, ya que éstos no podrán excepcionarse alegando que no fueron partes en el juicio, a no ser que se demuestre que hubo colusión entre los litigantes con el propósito de perjudicar al tercero de que se trate.

Las sentencias que declaran un estado civil, debe admitirse sólo un efecto relativo entre los litigantes, siendo posible discutirla nuevamente por otras personas la calidad de estado civil que se atribuya a un determinado sujeto, esto por lo que se refiere a las sentencias declarativas, en estas sentencias el Juez no crea el estado civil.

En las sentencias declarativas del estado civil, en ocasiones la ley otorga la acción o la excepción sólo a un sujeto, una vez intentada la acción, entonces la sentencia tendrá carácter absoluto, porque ya nadie podrá discutir ese estado civil.

La ley no permite, fuera de determinadas personas, que la acción se intente por los terceros en general, de aquí la posibilidad de que, aun cuando sea sentencia declarativa de un estado, no habrá ocasión en cuanto a terceros para discutirlo.

### **Pruebas en Filiación Extramatrimonial.**

#### **a) Reconocimiento Voluntario.**

Reconocimiento es el acto jurídico familiar por el cual una pareja reconoce que un hijo nace fuera de matrimonio en el que conjuntamente o separadamente, reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por la ley

A diferencia de la filiación de hijo de matrimonio, la prueba de los hijos habidos fuera del matrimonio, se requiere como prueba el acta de nacimiento, en el cual se puede constar el nombre de ambos padres, o sólo el de uno.

Si el menor es presentado como hijos de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil pondrá el nombre y los apellidos haciendo constar esta circunstancia en el acta, tal y como lo marca el Artículo 58 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo que respecta a la madre el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que “ La madre no tiene derecho de no reconocer a su hijo, ya que tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo “.

Es evidente que la consanguinidad genera el deber con cargo a los progenitores de establecer la relación jurídica paterno-filial, y esto se hace posible por el reconocimiento de los hijos tanto por la madre y en especial cuando existen elementos de prueba.

Por lo que respecta al padre, siempre tiene el deber de reconocer a su hijo, especialmente cuando exista alguna prueba de paternidad, el hecho de que la ley permita la investigación de la paternidad, genera un derecho a favor de los hijos y consiguientemente una obligación con cargo a los padres en el sentido de reconocer a sus hijos cuando se presentan las circunstancias que permiten su investigación.

En relación a la madre, si al hacer la presentación no da su nombre, se estipulará en el acta que el hijo presentado es de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código Civil.

Cuando exista la presunción de que el hijo nacido de mujer casada es de su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el juez del Registro Civil asentar como padre a otro que no sea del mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

**1) Requisitos sustanciales.**

**a) Edad.**

La edad que se requiere para reconocer a un hijo es la edad mínima para contraer matrimonio más la edad del hijo de que se trata, contada desde su concepción.

Así, el hombre que quiere reconocer a su hijo recién nacido, deberá tener cuando menos diecisiete años ( dieciséis, que es la mínima para contraer matrimonio, más casi un año que tarda la gestación de una persona ).

**b) Consentimiento.**

Si el que intenta reconocer un hijo es menor de edad, requerirán del consentimiento de las personas que sean sus representantes legales.

Se requiere también el consentimiento del propio hijo que se va a reconocer y la mayoría de edad.

La madre debe dar su consentimiento para que su hijo sea reconocido por un hombre, esto conforme el Artículo 379 del Código Civil para el Distrito Federal.

*En relación al consentimiento es un acto unilateral, cuyo voluntad es a favor del menor.*

El término para ejercer esta acción es de dos años, que comienza a correr desde la mayoría de edad del hijo, si antes de hacerlo tuvo noticia del reconocimiento, o si no lo tenía, desde la fecha en que la adquirió.

**c) Objeto.**

Se puede señalar que su objeto es darle efectos jurídicos a la relación biológica existente, consistente en los deberes, obligaciones y facultades que existen entre padres e hijos, es decir, la patria potestad desde el punto de vista del padre y el punto de vista del hijo.

**2) Requisitos de validez del reconocimiento.**

**a) Forma.**

El reconocimiento deberá realizarse mediante alguna de las siguientes formas, que señala el Artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal.

**1. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.**

El juez del Registro Civil es el órgano competente para autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas, es la forma más lógica ya que al practicarse la inscripción que informa la personalidad es el momento más oportuno para realizar un acto de tanta trascendencia.

## **II. Por acta especial ante el mismo juez.**

En caso de que ya se hubiere levantado el acta de nacimiento, el esposo que pretenda reconocerlo tendrá que acudir ante el Juez del Registro Civil y hacer el reconocimiento, en cual se debe levantar acta especial.

Este reconocimiento sigue siendo acto unilateral, aun cuando se requiere la presencia del reconocido si es mayor de edad o la de su tutor si es menor, porque el consentimiento de estos sólo es un requisito de eficacia necesario para su inscripción en el Registro Civil y no para que genere la relación jurídica paterno-filial, que se establece por la expresión de voluntad de quien reconoce.

Cuando se levanta el acta de reconocimiento se hace con posterioridad al nacimiento del menor y se hará la mención de ésta circunstancia en el reconocimiento, haciéndose la anotación correspondiente.

## **III. Por escritura pública.**

Podrá hacerse la declaración en un acto jurídico unilateral el reconocimiento de un hijo ante notario público u otro fedatario, pero se requiere el consentimiento del reconocido ya sea mayor de edad o del menor en el acta, tal y como lo establece el artículo 79 del Código Civil para el Distrito Federal

## **IV. Por testamento.**

Al no haber limitación, el reconocimiento podrá hacerse en cualquier forma de testamento, bien sea ordinario o especial, el reconocimiento en él contenido es inscribible al margen de la inscripción de nacimiento, aun antes del fallecimiento del testador.

## **V. Por confesión judicial directa y expresa.**

La confesión ante el juez debe ser directa y expresa, lo que significa que debe hacerse por el interesado directamente y no a través de un mandatario general, en caso de no poder concurrir, se requiere mandato especial en los términos del Artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal.

El hecho de que sea confesión judicial, permite que ésta sea dada en cualquier clase de juicio, o bien en jurisdicción voluntaria por quien pretenda reconocer, al realizarse la confesión directa.

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

Cuando el reconocimiento se realice por cualquiera de las formas señaladas, excepto por la de testamento, las autoridades ante quienes se realice deberán exigir el requisito del consentimiento de la madre, de otra manera, el reconocimiento quedará sin efecto.

El Código Civil, establece como requisito indispensable para efectuar el reconocimiento, el que obtenga el consentimiento de la madre y si la madre no contradice el reconocimiento éste surtirá sus efectos legales.

Sin embargo, no se señala un tiempo de caducidad para que la madre pueda contradecir tal reconocimiento, lo que significa que tendrá ese derecho mientras el hijo sea menor de edad, ya que llegando a la mayoría, será el propio hijo el que tenga derecho de contradecir la paternidad.

El hijo que nace fuera de matrimonio es carga exclusiva de la madre y, en este sentido, es de equidad que sea ella la que decida si acepta o no a determinado varón como padre de su hijo.

**b) Capacidad.**

Existe una regla especial para la capacidad y esta prevista en el Artículo 361 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida, para contraer matrimonio más la edad del que va a ser reconocido.

Los menores de edad no pueden reconocer a un hijo sin el consentimiento del o de los que ejerzan sobre él la patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o falta de ésta sin la autorización judicial, esto conforme al Artículo 362 del Código Civil para el Distrito Federal.

La manifestación de la voluntad es del menor, él celebra el acto jurídico, pero deben participar algunas de las personas señaladas o debe de existir la autorización judicial.

El Artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, señala quienes tienen incapacidad natural y legal, hablaremos de las personas que tienen demencia, el cual tienen dos supuestos:

1) Los que hubieren sido declarados en estado de interdicción.

Estos no pueden celebrar el acto jurídico familiar del reconocimiento, ya que la sentencia de interdicción les priva de esta posibilidad.

2) Los que tengan intervalos lúcidos.

El Artículo 1307 del Código Civil les autoriza otorgar testamento cuando tengan intervalos de lucidez, pero en el reconocimiento requieren que tengan plena capacidad.

**c) Ausencia de vicios.**

Tal y como se desprende del Artículo 363 del Código Civil para el Distrito Federal, señala como causas de nulidad el error y engaño, este artículo señala que el reconocimiento podrá ser revocable si se prueba que ha sufrido engaño, más no podrá invocar la nulidad si hubiese sufrido error

### **3.6 Características de la filiación extramatrimonial:**

La filiación surgida por reconocimiento voluntario tiene ciertas características que la diferencian de la filiación matrimonial, la paternidad derivada de matrimonio surge como una presunción jurídica que sólo puede ser destruida en caso en que el marido tenga a su favor prueba plena de que no pudo ser padre del hijo de su mujer, y la presente oportunamente al Juez que vea la causa de un desconocimiento de paternidad, fuera de esos casos excepcionales la filiación matrimonial establece la certeza jurídica tanto para el padre como para el hijo.

Pero la filiación surgida a través del acto voluntario de reconocimiento puede ser objeto de acciones para revocar la paternidad que son las siguientes:

#### **a) Nulidad de reconocimiento.**

##### **1) Menores de edad.**

Es el derecho que tiene el menor para anular el reconocimiento si sufrió error o engaño, tal y como lo establece el artículo 363 del Código Civil del Distrito Federal y se podrá intentar su acción hasta cuatro años después de la mayoría de edad.

La ley concede el derecho de anular el reconocimiento solamente al que reconoció siendo menor de edad.

Se trata de una nulidad relativa, ya que se afecta el consentimiento con los vicios señalados, y el acto jurídico puede ser inválido conforme a lo que establece el Artículo 1795 en su Fracción II del Código Civil para el Distrito Federal.

##### **2) Mayores de edad.**

El Artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que no se puede renunciar a un derecho que afecte directamente al interés público.

Podría pensarse en consecuencia, que el derecho de pedir nulidad del reconocimiento se le niega al que lo efectuó en su mayoría de edad, sin embargo, se aplican las reglas genéricas de la nulidad de los actos jurídicos, tendría que aceptarse la nulidad de este acto de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2228, que establece que 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.

Si el que reconoce a un hijo mediante error fortuito o provocado por dolo, o mantenido por mala fe, o si sufrió violencia al ejecutar el acto de reconocimiento, se tendrá que aplicar la norma general que señala el derecho a pedir nulidad basado en estas causas.

Los plazos para pedir este tipo de nulidad serán los señalados para las acciones personales, la acción de nulidad por causa de error prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue conocido y no se haya extinguido el plazo de prescripción genérico a las acciones personales.

Respecto a los actos realizados por violencia, la ley señala que prescriben a los seis meses contados desde que cesó la misma, de conformidad a lo establecido por el Artículo 2237 del Código Civil para el Distrito Federal.

### **3.7 Acciones de reconocimiento:**

#### **a) Impugnación del reconocimiento.**

Se entiende cómo el recurso que las leyes conceden a algunas personas para destruir el reconocimiento de un hijo, con los cuales se busca la estabilidad de la familia, determinar el estado de las personas y en definitiva legalizar la paz social.

La impugnación del reconocimiento, es la acción de estado de desplazamiento por la cual se niega al reconociente ser el padre o madre del reconocido y, que de prosperar, deja sin efecto el título de estado que mediante reconocimiento se obtuvo o, en su caso, impide su inscripción en el registro del estado civil y capacidad de las personas.

En nuestro derecho, la impugnación no se limita solo a negar al reconociente ser padre o madre del reconocido, sino también cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor, lo que es difícil de precisar en un momento dado.

#### **b) Personas que la podrán ejercer.**

Tiene este derecho el hijo que fue reconocido si es menor de edad, podrá interponerlo conforme a lo siguiente, al llegar a la mayoría tiene dos años para intentar la acción de impugnación si antes tuvo noticia del reconocimiento, o dos años, a partir de la fecha en que la adquirió, de conformidad con el Artículo 277 del Código Civil para el Distrito Federal.

Además del hijo, pueden ejercer el derecho de impugnar el reconocimiento, la madre cuando no se obtuvo su consentimiento para efectuarlo, de conformidad a lo establecido por el Artículo 379 del Código Civil para el Distrito Federal y por la mujer que se ha portado como madre del hijo reconocido, de conformidad con el Artículo 378 del Código Civil para el Distrito Federal.

También puede impugnar el reconocimiento, el Ministerio Público, cuando el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor, cuando llega a la mayoría de edad, éste puede personalmente reclamar contra el reconocimiento, esto conforme el Artículo 376 del Código Civil para el Distrito Federal, dentro del término de dos años que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento, si no lo tenía, después de la fecha en que la adquirió esto conforme al Artículo 377 del Código Civil para el Distrito Federal.

El progenitor, también podrá impugnar el reconocimiento, cuando reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente, no se encuentra un término para la acción que podrá ejercer, lo que es congruente deducir que se debe de tomar en cuenta la duración de una acción personal que es de diez años en nuestro derecho.

También podrá impugnar el reconocimiento, el tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, este derecho lo podrá ejercer en vía de excepción, de conformidad con el Artículo 368 del Código Civil del Distrito Federal.

**e) Revocación del reconocimiento.**

Se da cuando la persona que realiza el reconocimiento lo realiza a través de testamento y este es público cerrado u ológrafo y el testador lo revoca y recoge los pliegos respectivos, el reconocimiento que hubiere efectuado a través del mismo se revocará junto con el testamento, por su propia naturaleza de ser una expresión de voluntad conocida únicamente por el propio testador.

Tratándose de filiación legítima o matrimonial, la paternidad se presume con establecer la filiación respecto de la madre, en el reconocimiento voluntario puede establecerse la filiación independientemente, ya se trate de cualquiera de los padres y en el caso de reconocimiento forzoso es necesario la filiación respecto de la madre y, a través de ella, investigar quién fue el padre, ya que si se ignora quién es la madre, menos podrá saberse quién es el padre.

Para establecer la relación filial con el padre, sólo puede intentarse cuando ya ha quedado establecida la maternidad y la investigación sólo se autoriza en determinados casos.

Toda vez que la mujer soltera no tiene deber de fidelidad con nadie, y que en ejercicio de su libertad puede tener relaciones sexuales con quien lo desee y aun simultáneamente con varios hombres, establecer la filiación paterna de su hijo es difícil y casi imposible, si no se dan determinadas circunstancias que hagan coincidir el tiempo de la concepción con las relaciones íntimas de determinado hombre, quien posiblemente sea el autor del embarazo.

Los casos en que se permite la acción de investigación de la paternidad son los expresamente establecidos en la ley, y al igual que en la investigación de la maternidad, dicha acción sólo se permite en vida de los padres.

Cuando el hijo es menor de edad, es la madre o el tutor del menor quien debe intentar la acción, en caso de que el padre o la madre fallecieran durante la minoría de edad del hijo sin que se hubiera intentado la acción, el hijo gozará de un plazo de cuatro años después de cumplidos los dieciocho para iniciar la demanda en contra del representante de la sucesión, o de los herederos de su presunto padre.

**d) Acta de reconocimiento.**

Si el reconocimiento del hijo natural se hiciera después de registrarse su nacimiento, se formará acta separada, tal y como se desprende del artículo 78 del Código Civil para el Distrito Federal.

Una vez hecho el reconocimiento por alguno de los medios establecidos por la ley, deberá presentarse dentro del término de quince días al encargado del Registro Civil el original o copia certificada del documento que lo compruebe, en el acta se insertará la parte conducente de dicho documento.

**3.8 Acciones para la contradicción y desconocimiento de la paternidad e impugnación de la maternidad.**

**Filiación matrimonial.**

La Filiación de hijo de matrimonio puede quedar destruido por el marido mediante el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad o de la acción de desconocimiento de la paternidad y la impugnación de la maternidad legítima de la madre.

Estas acciones están encaminadas a demostrar que el hijo carece de las acciones necesarias exigidas por la ley, para que se considere hijo de matrimonio, en relación al marido, para el ejercicio de la acción de contradicción, se toma en cuenta la presunción de paternidad respecto de los hijos de su esposa que nazcan después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio

**I. Contradicción de la paternidad;**

**Filiación matrimonial.**

Requisitos para ejercer la acción de desconocimiento y paternidad, que son:

**a) El nacimiento del hijo.**

Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido el que desprendido enteramente del seno familiar, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil, bajo esta circunstancia no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

**b) Acta de nacimiento.**

Toda acción de contradicción o de desconocimiento requiere de la existencia de un título que pruebe la situación del hijo, es decir, que cuente con un acta de nacimiento que pruebe su filiación materna y paterna.

Cuando el hijo no tenga acta de nacimiento y quiera probar su vinculación con un hombre o una mujer, tendrá que actuar mediante la reclamación de estado de hijo de matrimonio, en cuyo caso el padre o la madre serán una parte en el juicio y podrán negar o contradecir.

Para ejercer la acción de desconocimiento, como primer supuesto se requiere de la concepción, que nos permite determinar si un hijo es nacido de matrimonio o fuera de él y aplicar en consecuencia, la presunción, contra la presunción la ley señala solamente estas posibilidades:

**c) Imposibilidad de cohabitación.**

Tal y como se desprende del Artículo 325 del Código Civil del Distrito Federal:

“ Contra la presunción de la maternidad, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros 120 días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicas pudiere ofrecer “.

Este artículo señala que sólo procede la contradicción si hubo imposibilidad física de cohabitación del marido y la mujer, lo que puede ser por alejamiento del domicilio conyugal, el que necesita ser tan prolongado que haga imposible que los esposos puedan reunirse durante el plazo legal de la concepción

**d) Adulterio.**

Tal y como se desprende del Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal:

“ Se otorga la posibilidad de contradecir la maternidad en caso de adulterio, ya sea 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 “.

El fundamento de este artículo, es que el esposo no pudo haber tenido acceso carnal con la esposa, pero en este caso durante los últimos diez meses que procedieron el nacimiento y no sólo durante el periodo legal de la concepción que es de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, o bien que se le hubiere ocultado el nacimiento lo que significa una infidelidad que se pretende ocultar por la esposa, con lo cual también se da la posibilidad de contradecir la paternidad del hijo.

Rojinas Villegas, señala que si la mujer confiesa el adulterio o en su caso, si el marido lo prueba y además se demuestra que se le ocultó el nacimiento, estos dos hechos relacionados serán bastantes, se parte de esta presunción si la mujer oculta el nacimiento, ya que en realidad oculta la existencia del hijo que ha concebido porque está segura que no es de él.

La ley no le otorga valor a la simple confesión de la madre, pero sí toma muy en cuenta que la esposa se oculte durante la gestación, ya que no bastaría con que se oculte el momento del nacimiento, si el marido se diese cuenta que el embarazo se le pudiese notar.

**c) Impotencia.**

Tal y como se desprende del artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal, " Es que haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, este caso debe ser sobrevenida después de celebrado ".

Es de descartarse que la impotencia anterior al matrimonio, ya que un impedimento y la posibilidad de nulificar el matrimonio dentro de los sesenta días siguientes, contados desde que se celebró el matrimonio, tal y como se desprende del Artículo 246 del Código Civil para el Distrito Federal.

**Titulares para el desconocimiento de la paternidad.**

**a) El Esposo.**

Todos los artículos del Código Civil para el Distrito Federal, hacen referencia al marido como titular de la acción de desconocimiento, estas acciones están planteadas en interés del marido, para sustraer de éste la aplicación de una presunción legal que resulta ser inexacta.

El hecho de que esta acción sea exclusiva del marido y sea su interés, no lo priva de poder otorgar mandato para que en su nombre se actúe judicialmente o bien para que en su nombre se niegue cuando así proceda.

El Artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal hace referencia, que cuando los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán hacerse representar por un mandatario especial para el acto, cuyo nombramiento conste por lo menos en instrumento privado otorgado ante dos testigos.

En los casos de matrimonio o de reconocimiento de hijos, se necesita poder otorgado en escritura pública o mandato extendido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz.

**b) El tutor del marido.**

Cuando el marido se encuentre incapacitado por demencia o invisibilidad, la acción podrá ser ejercitada por su tutor y si éste no lo hiciera podrán ejercitarla los herederos, en el caso de que el incapacitado muriera, tal y como se desprende del artículo 331 del Código Civil para el Distrito Federal.

**c) Los herederos del marido.**

Cuando el cónyuge, habiendo tenido o no tutor, hubiere muerto incapaz, los herederos podrán impugnar la paternidad, en los casos en que podría hacerlo el padre.

Los herederos del cónyuge varón, no pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda.

En los demás casos, si el cónyuge ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados desde aquél en el que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia.

El interés de los herederos para impugnar parece ser el económico-patrimonial, ya que a los sesenta días que se refiere el Artículo 333 del Código Civil para el Distrito Federal, se busca proteger a los herederos que vean perturbados por el hijo la posesión de la herencia.

**Impugnación de la maternidad.**

**Filiación Matrimonial.**

No aparece en nuestro derecho enunciada esta acción, pero el hecho de que no se hubiere mencionado ni reglamentado la acción de impugnación de maternidad en el Código Civil, no se puede interpretar en el sentido de que el legislador hubiere pretendido despojar a la mujer de su derecho, por lo siguiente:

**a) Hombre y mujer son iguales.**

La declaración de igualdad contenida en el artículo 4º Constitucional, se consigna también en el artículo 2º del Código Civil señala que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia, la mujer no queda sometida por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles.

b) El Artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles, marca claramente las acciones de estado civil y se comprenden entre otras, las relativas a la filiación y no se hace referencia limitativa al hombre.

c) El Código Penal considera delitos algunos actos en contra del estado civil de las personas, que hacen referencia clara a la filiación derivada de la mujer, tal y como se desprende del Artículo 277 del Código Penal del Distrito Federal que a su letra dice:

Las sanciones a las que se harán acreedores las personas que cometan algunas de las siguientes conductas que son:

I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;

II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado.

III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil o que declaren falsamente su fallecimiento o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas.

IV. A los que sustituyan a un niño por otro u oculten de infante, y

V. Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan.

Por lo expuesto se puede afirmar que con base en la igualdad varón y mujer, la legislación penal considera como delitos ciertos actos que hacen referencia a la maternidad que se cuestiona y en materia civil se considera que es posible que la mujer intente la acción de impugnación fundándose en el Artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles Vigente para el Distrito Federal.

Los supuestos de la maternidad en relación a la mujer son :

a) El parto.

b) La identidad del hijo.

En primer lugar está la suposición del parto, es decir, a pesar de la declaración hecha ante el Juez del Registro Civil no existe el parto que se atribuye a determinada mujer, esto se logra mediante el falso certificado, falso testimonio de los testigos con los cuales se obtiene una falsa acta de nacimiento de un menor.

**Titulares para la impugnación de la maternidad.**

**Filiación Matrimonial.**

Se debe de partir del hecho que las acciones de estado civil presentan la particularidad de que no se limita únicamente a los titulares los derechos garantizados por la acción, si no que también pueden intentar promover la acción algunos terceros y el Ministerio Público.

También la mujer podrá impugnar la maternidad, ya que es un derecho innato de la mujer.

Las acciones que el marido puede intentar, también estarán legitimados al tutor en caso de interdicción de la mujer y los herederos en los mismos casos en que pueden impugnar la legitimidad en relación al padre.

En relación al hijo, es posible que éste pueda demandar el desconocimiento de su estado civil, ya que no habría razón para negarle el derecho, aun cuando normalmente no tiene interés alguno para desconocer el estado civil que ostenta, en caso de que quisiera reclamar otro estado civil mediante la investigación de la maternidad o bien la paternidad, podrá hacerlo sin estar obligado a desconocer primeramente el estado civil aparente.

Una vez que se haya promovido la acción correspondiente y que se dicte la sentencia correspondiente produce un efecto absoluto, el hijo que se estima de matrimonio se convierte en fuera de matrimonio respecto de todo persona.

**El Desconocimiento de la paternidad.**

**Filiación Matrimonial.**

**a) Esposo.**

Se refiere al hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, el fundamento de este artículo, es que el matrimonio subsiste está pendiente de resolución judicial, pero existe una cierta presunción de que los cónyuges ya no cohabitan, por haber sido separados por resolución judicial mientras el proceso concluye.

Aunque en principio, la separación de la esposa del domicilio conyugal, impide legalmente la cohabitación, la relación sexual y lo probable es que no haya existido cópula carnal entre los esposos y que a la vez pueda presumirse que el marido no es el padre del hijo de su esposa, nacido después de trescientos días en que se llevó a cabo la separación, pero se podrá demostrar que la separación no se llevó a cabo o que por las visitas del marido a la esposa en circunstancia de intimidad, aunque no se puede justificar plenamente la relación carnal por no ser un hecho que se realice ante testigos sino solamente la posibilidad de que haya ocurrido, es bastante para destruir la afirmación de que el hijo no es hijo de su matrimonio.

De probarse estas circunstancias, se destruye la presunción legal de que entre los consortes no exista la práctica de copular y entonces resulta correcto admitir que los esposos se encuentran en una situación normal, teniendo relaciones íntimas entre ellos.

Pero podrá ser improcedente esta causa, en el caso de que hubiere habido entre los consortes reuniones que presuman cierta intimidad, que hubiere habido perdón del cónyuge ofendido, que hubiere reconciliación de ambos.

Para contar los trescientos días después de la disolución del matrimonio, es que debe de existir una orden judicial de que quedaron separados los cónyuges, pero si no existe orden judicial, no encuentra esta situación dentro del precepto legal.

El esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa a través de la acción de contradicción de la paternidad, la cual sólo podrá ejercer dentro de un determinado tiempo:

- 1) Cuando el supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tienen 60 días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento ocultado.
- 2) De 60 días, a partir del día en que regreso y se enteró del nacimiento, por haber estado ausente.

Si el marido recobra la capacidad, el plazo para el ejercicio de tal acción empezará a correr desde el momento en que declare que la incapacidad ha cesado y será de 60 días.

**b) Persona a quien perjudique la filiación.**

Conforme al Artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal:

“ Que las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrá promoverse, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge “.

**II. Reclamación de estado de hijo de matrimonio.**

**Filiación Matrimonial.**

Hay distintas situaciones en las que procede la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio, estas situaciones presumen que el hijo se ha desconocido por sus padres, no se trata del resultado de la acción ejercida por los padres de la impugnación de la paternidad, sino del desconocimiento de hecho al no haber sido inscrito el hijo en el Registro Civil y no contar con el acta de nacimiento o bien que el nombre del padre o de la madre que aparecen en el acta no sean en realidad o por haber sido inscrito sólo por su madre.

Se pueden derivar tres situaciones en las que puede encontrarse un hijo nacido de matrimonio y que tenga que reclamar su estado de hijo:

**a) Falta de acta de nacimiento, pero se tiene la posesión de estado.**

La falta de acta, permite que se pueda probar la filiación mediante la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, por regla general, quien esté gozando la posesión constante de hijo de matrimonio no requiere iniciar acción alguna, sin declaración judicial su estado de familia se encuentra públicamente reconocido, el nombre y el trato es constante y no requiere actuar ante tribunales.

El problema que pudiera subsistir, es con la muerte de los padres, cuando se ventilen casos de herencia, el Artículo 3553 del Código Civil del Distrito Federal señala:

Quien está en posesión de los derechos de padre o hijo no puede ser despojado o perturbado, ni puede perderla sino por sentencia ejecutoriada, por lo tanto el o los herederos que pretendan desconocer al hijo la posesión de su estado, tendrán que acudir a los tribunales para lograr una sentencia en contra de esa posesión, por el contrario si el hijo está interesado en reclamar la herencia le corresponderá probar la posesión de estado constante de hijo nacido de matrimonio, en cuyo caso es procedente esta acción.

**b) Cuando hubiere contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.**

Cuando el acta de nacimiento contiene el nombre de padres distintos a los que la posesión de estado acredita, en este caso el hijo puede reclamar la situación que más le convenga, bien sea en función del acta de nacimiento o en función de su posesión de estado.

Si reclama en función de su acta de nacimiento no habrá problema alguno, pero si reclama en función de la posesión de estado, tendrá que probar la falsedad de su acta de nacimiento.

**c) Cuando el hijo carezca de acta de nacimiento y de posesión de estado.**

El Artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

“ Serán 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 bastantes graves para determinar su admisión “.

El hijo que inicie la acción de reclamación deberá acudir a los medios ordinarios de prueba.

Debe de tenerse un principio de pruebas por escrito, es decir de haber un documento que provenga de las partes, del padre o de la madre o de ambos en relación al hijo, habiendo este principio de prueba por escrito es admisible la testimonial, no se admiten los testigos sin el apoyo de prueba por escrito por la posibilidad de que se presenten testigos falsos, con los elementos de prueba que se lleguen a presentar, el Juez estará en posibilidades para decidir en su sentencia que pronuncie si es procedente la acción que se demanda para considerarlo como hijo nacido de matrimonio.

También se pueden ofrecer como prueba la presunción legal derivada del Artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, siempre que esté sostenida con pruebas relativas a la maternidad y el matrimonio de los presuntos padres esta tendrá que probarse con el testimonio del acta de matrimonio.

#### **Características de la acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.**

a) Es una acción imprescriptible para el hijo y sus descendientes y prescriptibles para los demás, (herederos, legatarios y donatarios).

Tal y como se desprende del Artículo 347 del Código Civil del Distrito Federal:

“ La acción que le compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes, por lo tanto, no sólo durante en vida del hijo podrá hacerse la reclamación, ya que los descendientes en su momento también la podrán solicitar y éstos sin limitación de grado, ya que la ley sólo hace referencia a los descendientes “.

En relación a los herederos que no sean descendientes, podrán intentar la acción de reclamación de estado que correspondería al hijo, si éste murió antes de cumplir veintidós años o si cayó en demencia antes de cumplir esa edad y murió después en el mismo estado, en estos casos la acción de reclamación prescribe en cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo, tal y como se desprende de los Artículos 348 y 351 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los herederos pueden continuar la acción que el hijo hubiese iniciado si ésta no hubiere caducado por falta de actividad procesal por más de un año.

El mismo derecho tienen los acreedores del hijo muerto insolvente, la acción de los herederos no descendientes y de los acreedores prescribe a los cuatro años de muerto el hijo, sobre la filiación no puede haber transacción ni juicio arbitral.

Ahora bien, cuando el acta de nacimiento contradice la posesión de estado de hijo de matrimonio y se sostiene que ella no corresponde a la realidad que refleja la posesión de dicho estado, deberá obtenerse la nulidad o corrección de la misma.

En el caso del hijo nacido fuera de matrimonio, cuyo estado consta en un acta, es conocido y tratado como hijo de matrimonio, porque el progenitor que lo tuvo antes de casarse lo llevó a vivir en el hogar conyugal y el otro cónyuge lo acepta y trata como hijo propio, se estará al acta y no al estado aparente de hijo de matrimonio.

Cosa distinta es cuando los progenitores se casan después de registrado el hijo tenido antes de matrimonio, ya que sería un caso de legitimación, aquí el estado de hijo de matrimonio se probaría con el acta de nacimiento y la de matrimonio, mostraría que los padres que reconocieron son los mismos que contrajeron nupcias posteriormente, aun cuando el acta de matrimonio no se mencione a los hijos, ya que sería un caso de legitimación.

Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que los herederos, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles, es personalísima durante la vida del hijo, pero susceptible de ser intentada por los acreedores, legatarios o donatarios a su muerte.

La acción para reclamar el estado de hijo nacido de matrimonio es personalísima durante la vida del hijo, se pierde este carácter con la muerte del mismo, es decir viviendo el hijo sólo éste puede intentar la acción, ya que ningún otro interesado, puede intentarla durante la vida del hijo.

Dos son los casos previstos por la ley, en que se autorizan a los herederos, acreedores, legatarios o donatarios del hijo reclamar la filiación legítima de éste:

- a) Como continuación de la acción intentada por el hijo, a menos que éste se hubiera desistido o no hubiere promovido judicialmente durante un año, tal y como se menciona en el Artículo 349 del Código Civil para el Distrito Federal.
- b) Como iniciadores de la acción, cuando el hijo muere antes de cumplir veintidós años o cae en demencia antes de cumplir esa edad y murió en el mismo estado.

Puede darse el caso en que los descendientes, herederos, legatarios del hijo, si éste no ejercita la acción de reclamación de su estado, puede prescribir la acción de petición de herencia con el transcurso de diez años, tal y como se desprende del Artículo 1652 del Código Civil para el Distrito Federal, una vez pasados los diez años sin que el hijo hubiere intentado la acción, sus herederos o descendientes perderán interés en ejercerla toda vez que ya no habría herencia que pedir, en cambio si el hijo muriese antes que prescriba la acción de petición de herencia, sus descendientes, herederos, podrían intentar la acción de reconocimiento de estado del hijo muerto y la de petición de herencia.

En relación a los acreedores el problema es patrimonial, ya que se supone que el hijo no dejó bienes para pagar a sus acreedores y éstos pueden reclamar la herencia en la que su deudor, como hijo, podría recibir determinados bienes.

Por lo que toca a los legatarios, se señala que un legatario tiene derecho a determinados bienes de un legado, siempre y cuando el activo de la herencia sea suficiente para pagar el pasivo, ya que se supone que el hijo no tuvo bienes suficientes para pagar a sus acreedores y sin embargo, pretende dejar en legado algunos bienes a determinados legatarios que llegará a instituir en su testamento, éstos no podrán recibir aquellos legados, porque la herencia es insolvente.

Es decir, se faculta al legatario designado por el hijo que murió, para que pueda reclamar el estado de hijo de matrimonio de aquél, para que con base a lo que tiene derecho en la herencia y quede a su disposición el legado que le corresponda.

Por lo que respecta a los donatarios parece haber una contradicción, ya que la donación es un contrato que sólo puede referirse a los bienes presentes, nunca a los futuros y surte sus efectos en vida del donante, tal y como lo observa el artículo 350 del Código Civil del Distrito Federal:

“ Los donatarios les concede la acción si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles, lo que parece indicar que no se pagará la donación con bienes que hubiera dejado al hijo sino con los bienes que éste pueda heredar si se hacen valer los derechos a la herencia., es decir, parece que la donación se constituye con bienes futuros que el hijo puede recibir, con esto contradice al artículo 2333 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que la donación no puede comprender bienes futuros, que es congruente con lo que establece el artículo 2332 del Código Civil para el Distrito Federal, que define a la donación como “ un contrato por el cual una persona transfiere a otro gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes ”.

**c) No puede ser objeto de transacción.**

*Esta prohibición es lógica y jurídica, ya que toda transacción supone derechos cuestionables, ya que sobre la filiación no puede haber sobre la autenticidad de un hijo.*

La filiación, no es divisible, ya que no se puede ser frente a unos hijos de determinada persona y frente a otros hijos de distinta persona.

El Artículo 339 del Código Civil del Distrito Federal señala:

“ Que puede haber transacción o arbitro, sobre los derechos pecuniarios que la filiación legalmente adquirida pueden deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen adquisición del estado de hijo de matrimonio, sobre los derechos pecuniarios puede haber acuerdo, puede haber duda y por lo tanto puede ser objeto de transacción “.

### **3.9 Investigación de paternidad.**

#### **Filiación Extramatrimonial.**

Hemos visto que tratándose de filiación legítima o matrimonial, la paternidad se presume con establecer la filiación respecto de la madre, en el reconocimiento voluntario puede establecerse la filiación independientemente, ya se trate de cualquiera de los padres y en el caso de reconocimiento forzoso es necesario la filiación respecto de la madre y a través de ella, investigar quién fue el padre, ya que si se ignora quién es la madre, menos podrá saberse quién es el padre.

*Para establecer la relación filial con el padre, sólo puede intentarse cuando ya ha quedado establecida la maternidad y la investigación sólo se autoriza en determinados casos.*

Toda vez que la mujer soltera no tiene deber de fidelidad con nadie y que en ejercicio de su libertad puede tener relaciones sexuales con quien lo desee y aun simultáneamente con varios hombres, establecer la filiación paterna de su hijo es difícil y casi imposible, si no se dan determinadas circunstancias que hagan coincidir con el tiempo de la concepción con las relaciones íntimas de determinado hombre, quien posiblemente sea el autor del embarazo.

Los casos en que se permite la acción de investigación de la paternidad son los expresamente establecidos en la ley, y al igual que en la investigación de la maternidad, dicha acción sólo se permite en vida de los padres.

*La Investigación de la paternidad, en la filiación extramatrimonial, es el derecho que tienen los hijos que nazcan fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno-filial.*

a) El Artículo 382 del Código Civil del Distrito Federal, permite la investigación de la paternidad y la maternidad, el cual señala que se podrá probar por cualquiera de los medios ordinarios y aquí se señala que en caso de que se llegará a presentar cualquier prueba biológica de avance tecnológico y si el presunto progenitor se negará a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá que es la madre o el padre respectivamente.

b) En concubinato.

Se debe de partir de los elementos que señala la ley, para definir que es el concubinato y se define como " la unión sexual de un hombre y una mujer que viven en lo privado y públicamente como si fueran cónyuges ( sin serlos), libres de matrimonio y sin impedimento para poderlo contraer ".

El Artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

*Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:*

I. Los nacidos dentro del concubinato.

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

**Investigación de la maternidad.**

**Filiación Extramatrimonial.**

La investigación de la maternidad está abierta y puede probarse por cualquier medio ordinario de prueba, pero existe una excepción, cuando dicha indagación tenga por objeto atribuir al hijo a una mujer casada, tal y como se desprende del artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal, pero esta prohibición deja de tener efecto cuando la maternidad se deduzca de una sentencia civil o criminal, tal y como se desprende del Artículo 386 del Código Civil del Distrito Federal.

Personas que tienen derecho a ejercerla.

a) Hijo.

La investigación de la maternidad la puede intentar el hijo, ya que es una acción personal, sólo durante en vida del hijo éste puede investigarla.

La acción puede intentarse por el hijo aun cuando no hubiere llegado a la mayoría de edad, en estos casos deberá nombrársele tutor, al haber intereses opuestos con quien pretende sea su padre, deberá aplicarse el Artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal.

b) Descendientes.

La investigación de la maternidad la puede intentar los descendientes, éstos solo en caso de fallecimiento del hijo ilegítimo.

La acción de investigación de la maternidad, sólo puede intentarse sólo durante en vida de los padres, pero si los padres fallecieron durante la minoría de edad de los hijos, éstos tiene derecho a intentar la acción antes de que se cumplan los cuatros años después de que haya adquirido la mayoría de edad, tal y como se desprende del Artículo 388 del Código Civil del Distrito Federal.

#### CAPITULO IV:

### **LA NECESIDAD DE REGULAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE , LOS MEDIOS PARA PROBAR LA MATERNIDAD DE UN HIJO CONCEBIDO POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, CUANDO LA MATERNIDAD ES SUBROGADA.**

#### 4.1 Antecedentes de la Inseminación Artificial.

Los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología nos colocan ante hechos que se proyectan a lo jurídico, que tienen que ser iluminados por lo moral, los avances técnicos en materia de inseminación y de fecundación artificial han creado situaciones de repugnancia a este tipo de operaciones terapéuticas, hasta la aceptación llevada al extremo de tratar de mejorar la raza a través de la manipulación genética.

La inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado, el Artículo 4º Constitucional habla del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Los orígenes de la inseminación artificial nos remonta a los pueblos babilonios y a los árabes, ya que practicaron la polinización en palmeras para obtener mayor cantidad y mejor calidad de dátiles.<sup>26</sup>

En el año de 1322 un árabe de Daifur consiguió inseminar una yegua con espermatozoides de un semental y de ese modo obtuvo un potro. <sup>27</sup>

El monje borgoñón de la Abadía del Reaume, Don Pichón, en el siglo XIV ensayó la inseminación artificial en piscicultura.<sup>28</sup>

Inicialmente las personas que intentaron realizar este experimento fueron Malpígia y Bibiena en 1600, que fueron los primeros que intentaron sin éxito, la fecundación artificial de los huevos de gusano de seda.

<sup>26</sup> Veciana de la Cuadra, R. DE: *La Eutelegenesia ante el Derecho canónico* ( Barcelona, Bosch, 1957), p. 31; Herrero del Collado, T.: *La Inseminación Artificial Humana ante el Derecho penal*

<sup>27</sup> Herrero del Collado, T.: *La Inseminación Artificial....*, cit., p. 9; De Veciana, R. DE: *La eutelegenesia...*, cit., p. 31; Rojas de Peldáz, M.E.: *La Inseminación Artificial (fertilización terapéutica) frente al Derecho* ( Bogotá, Pontificia Univ. Javeriana, 1981 ), p.47.

<sup>28</sup> Muñoz, Ramón, " Progresos de la Inseminación Artificial ", en *Cultivador Moderno*, núm. 1, 1951. Cfr. Muñoz, en *Revista Española de Obstetricia y Ginecología*, núm. 12, Pág.228.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

En 1725 Jacopi y luego Weltheim obtuvieron la fecundación de los huevos del gusano de seda.

El Suco Cleck, en 1757, estudió atentamente una araña macho, que depositaba su semen en una tela, luego lo recoge con sus jeringuillas naturales y busca a la hembra que podrá darle descendencia.

En la Edad Media, el médico valenciano ARNAU DE VILANOVA, en España y Portugal a finales del siglo XV, llevó a cabo la inseminación artificial con una cánula de oro, en la persona de la reina Juana de Portugal, con el esperma del monarca Enrique IV. 29

En 1779 el Italiano Lázaro Spallanzani, logró la fecundación de una perra Barbets, de la que nacieron tres crías. 30

En 1785 Thouret decano de la facultad de medicina de París, logró fecundar a una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido en una jeringuilla de estaño.

En 1790 cuando el Inglés Hunter director del Hospital de San Jorge, consiguió que la mujer de un Lord tuviera un hijo gracias a la Inseminación.

Nicolás de Nancy, en 1828 utiliza la Inseminación Artificial en una mujer frígida.

En 1866 el ginecólogo Marion Sims logró inyectar directamente el esperma en el útero.

En 1869, se realiza el primer libro destinado a la Inseminación Artificial, publicado por Jules Gautter, señala que la Inseminación Artificial puede eliminar el papel del placer sexual en la procreación y señala que práctica antes de la Inseminación Artificial, un examen del esperma en el microscopio, por si contiene microorganismos y mide el grado de acidez del líquido seminal.

En 1874 Mayer, escribía que la Inseminación Artificial, es una operación que tiende a introducirse en el arsenal terapéutico, hasta hacerse una de las operaciones corrientes. 31

Este método inicialmente fue practicado en animales, en 1877 primero por los franceses y luego por los rusos, posteriormente fue realizada en el humano por los ingleses.

En 1884 Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga, o sea la inseminación artificial con un esperma donado, lo cual marca el principio de la inseminación artificial con donante y existen enormes presiones porque:

- a) La consideran un pecado;
- b) Violaba la ley natural.
- c) Constituía una procreación adulterina.

---

29 Gisbert Calabuig, J.a, *Técnicas de reproducción asistida*, Revista mexicana de Justicia, México, 2000

30 En 1782, con el método constatado, el profesor de lógica y metafísica de Pisa, P. Rossi, lo repitió con éxito en la misma raza.

31 Labrousse, C., *La vie de le enfant*, París, 1986.

Un Tribunal de Burdeos dicto una sentencia negando al profesor Lajatre la reclamación de sus derechos, por la intervención médica de heteroinseminación, por considerar que tales prácticas suponían un peligro para la sociedad. 32

Todas las inseminaciones practicadas en los siglos anteriores, se realizaban con el espermatozoide del marido ( intra-conyugal ), por lo que no se presentaban problemas jurídicos de importancia y también era aceptado por las diversas corrientes quienes veían una solución al problema de esterilidad del hombre.

En 1894 en Filadelfia, se empiezan a realizar inseminaciones con espermatozoides de donantes y ahí se presentan serias dificultades cuando se logra conservar el espermatozoide para ser realizada con posterioridad, los cuestionamientos se extienden hacia la inseminación post-mortem y hacia la congelación de gametos, cuestionando la naturaleza del óvulo germinado.

En Francia, según Gigón, se realizaron los primeros ensayos de fecundación artificial gracias a Girault en la primera mitad del Siglo XIX.

Por los años de 1840, en España se llevaban a cabo los primeros ensayos, el doctor Sánchez Martín, Catedrático de Obstetricia de la Facultad de Medicina de Valencia, presentó un aparato ideado por él para la ejecución de las inseminaciones de la Sociedad Ginecológica Española, tuvo mucha resistencia, pero algunos veían en ella, una técnica contra la lucha de la esterilidad.

En 1883, la Sociedad de Medicina Legal de París se declara a favor de la Inseminación Artificial.

El 27 de Agosto de 1884, el Tribunal de Primera Instancia de Burdeos deniega al doctor Lejatre la reclamación de sus honorarios por la intervención médica de Hetero-inseminación, por considerar tales prácticas como un peligro social. 33

En 1897, la Iglesia Católica se manifiesta sobre el empleo de este procedimiento y el día 24 de marzo del mismo año declara a la inseminación artificial como un procedimiento ilícito.

La Instrucción Vaticana ha manifestado, que obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma o de óvulos constituye una violación de compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad. 34

---

32 Así el doctor Lebland escribía: " Cuando la operación la práctica un hombre honrado, con las reservas que la situación requiere, no vemos de qué manera podrá haberse ofendido a la moral. Por esa lejas de condenar la inseminación artificial, como parece haber deseado el Tribunal de Burdeos, estamos dispuestos a recomendarla ". " Note sur la fécondation artificielle á propos de "un jugement du Tribunal de Bordeaux, año 1885, publicado en *Annales de Gynécologie et d'obstétrique*, Pág. 401.

33 El Tribunal señaló los siguientes motivos: " Sin tener que buscar cuál es, desde el punto de vista científico, el valor del procedimiento empleado, el tribunal no puede ver en el empleo de este procedimiento una causa lícita de obligación: que no consiste, en efecto, en suprimir en el hombre las causas de la esterilidad de manera que lo hace apto para la generación, y por su intrusión en lo más íntimo de un intermediario entre marido y mujer, usando las medias artificiales que reprueba la ley natural y que podrían incluso, en caso de abuso, crear un verdadero peligro social; interesa a la dignidad del matrimonio que parecidos procedimientos no sean transferidos del dominio de la ciencia al de la práctica y que la justicia no sancione obligaciones fundadas en su empleo.

34 Cárdenas Quiroz Carlos. " Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extraterina ". *Derecho, facultad de Derecho Pontificia, Universidad Católica de Perú*, núm. 45, pp. 9-44 y 18.

Al comenzar el Siglo XX, se asiste a la propagación de la práctica de inseminación artificial de la mujer, sobre todo en los países anglosajones, posteriormente la Iglesia acepta la práctica de la Inseminación Homóloga, pero considera a la Inseminación heteróloga como una abominación y un desorden moral condenable. <sup>35</sup>

Según las estadísticas publicadas por Roelheider, en 1911 figuran 65, de los cuales sólo 21 tuvieron éxito.

El control de la procreación y la desaparición de la familia como eje de la vida social fue vaticinado por la literatura de ciencia ficción desde hace casi setenta años, cuando *Aldous Huxley publicó el libro titulado Brave New World o Mundo Feliz* <sup>36</sup> en el que anunciaba el advenimiento de una sociedad en la que procrear sería tarea a cargo del Estado, cumplida mediante la incubación de embriones en recipientes mecánicos donde se "gestarían" diversos tipos humanos adecuados a la función previamente determinada, en una sociedad donde habiéndose prescindido de la organización familiar sus miembros disfrutarían de absoluta libertad sexual sin afrontar las consecuencias sociales y morales derivadas de la función progenitora.

En 1920 se dan las condiciones adecuadas para poder analizar el esperma, con ello se abre camino a la sucesión interrumpida de nuevos estudios en el terreno de la genética y de la reproducción humana. <sup>37</sup>

Se dan dos acontecimientos muy importantes para la mejor realización de prácticas de fecundación artificial, que son los descubrimientos de OGINO y KNAUSS de los periodos del ciclo menstrual y el de fecundidad de la mujer, junto a la forma de conservar el esperma. En 1939, Lardy y Phillips dan a conocer la conservación del esperma, con la yema del huevo como conservador del espermatozoide. <sup>38</sup>

En 1940 se establece en Estados Unidos, por primera vez un banco de semen y durante la Segunda Guerra Mundial, fue práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, transportándose el esperma de los soldados americanos en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas, ante el temor de que les pudiera ocurrir algún accidente y no pudiesen tener descendencia, el éxito fue de gran magnitud, prueba de ello son las estadísticas de las clínicas donde se recibió y los informes médicos de los científicos que los realizaban.

La Inseminación Artificial en Estados Unidos, alcanza un gran auge que se pensó llevar a cabo el reclutamiento de mujeres jóvenes fuertes, con características especiales, para ser fecundadas con semen de los mejores genios y los campeones de las distintas clases de deportes, se pretendía conseguir de esta manera una élite inteligente y bien proporcionada físicamente.

---

<sup>35</sup> Martínez Calceirada, Luis. *La nueva Inseminación artificial*, Madrid, España, 1989, p.62

<sup>36</sup> Aldous Huxley, autor inglés, publicó *Brave New World* en 1932. Su tema es una utopía derivada tanto de los avances científicos en vías de realización como de la tendencia política de las naciones más desarrolladas a controlar con fines prácticos la procreación de seres humanos, interviniendo en su configuración genética según las necesidades del Estado.

<sup>37</sup> Herrera Campos, Ramón " *La Inseminación Artificial* ", Granada, España, 1991.

<sup>38</sup> Mora Almaraz, María de Jesús. " *Aspectos Cíviles de la Inseminación Artificial* ", Barcelona, España, 1988, Pág. 31.

Posteriormente el 29 de Septiembre de 1949, El Papa Pío XII se pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera de matrimonio, pura y simplemente como inmoral, la procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio, la fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse.

Señala que la Fecundación Artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y a los derechos de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio. <sup>39</sup>

En Japón, la Facultad de Medicina de la Universidad de Keio, Tokio comenzó a practicar la inseminación artificial en sus clínicas de maternidad planificada y sus autoridades declaran que, varios cientos de pacientes han dado a luz, niños procreados por inseminación artificial por donador y muchas parejas retoman por un segundo embarazo. <sup>40</sup>

En 1953, Bunge y Sherman, obtienen tres embarazos utilizando semen congelado hasta la temperatura de solidificación del gas carbónico (-70 °C).

Posteriormente, nació otro medio de Fecundación Asistida, que era la Fecundación In-Vitro, los franceses MORICARD Y BOSSU emprendieron los experimentos sin resultados positivos.

ROCK Y HERTIG lograron fecundar óvulos humanos en el laboratorio, aunque morían el llegar el estado tricecular.

En 1964 se obtienen las primeras gestaciones por medio del espermatozoides congelado en nitrógeno líquido (-196 °C), a partir de esta fecha, los bancos de espermatozoides se generalizan en todo el mundo, haciendo posible su utilización, con el más alto nivel, en la reproducción asistida.

Los primeros estudios sobre la congelación se realizan en los Estados Unidos y Japón, diez años después se pudieron llevar a cabo en Francia, y en este país es donde se instala el primer centro en 1973 el Hospital Bicentre, dirigido por el profesor Georges David y el Doctor Netter abrió el segundo centro llamado Hospital Neker. <sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Pío XII, " Discurso a los participantes en el IV Congreso Internacional de los Médicos Católicos ", 29 de septiembre de 1949, Pág. 559.

<sup>38</sup> Hiruta, Swada, Nishina & Oni " The Physical and mental Development of Children Born Following Artificial Insemination, 13 International Journal of Fertilization, 24, 1968 ". El equipo mencionado investigó paralelamente el efecto de la inseminación artificial en la inteligencia de los niños procreados por ese medio, demostrándose que tenían un coeficiente mental superior a la media nacional, atribuyendo este hecho a que las parejas seleccionadas pertenecían a grupos privilegiados del país ".

<sup>39</sup> Mora Almaraz, María de Jesús Op. Cit. Pág 162

En la actualidad existen en Francia además otros centros para la congelación de espermias que son:

- a) Amiens.
- b) Besancon.
- 3) Bordeaux.
- 4) Caen.
- 5) Clemot-ferrand.
- 6) Grenoble.
- 7) Lille.
- 8) Lyon.
- 9) Marseille.
- 10) Montpellier.
- 11) Nancy.
- 12) Reims.
- 13) Rennes.
- 14) Rouen.
- 15) Atrasboug.
- 16) Toulouse.
- 17) Tours.

Todos estos centros son conocidos con el nombre de C.E.C.O.S. ( Centros de Estudio y de Conservación de los Espermias Humanos ), estos tiene función de:

- a) Recoger y conservar esperma, ya que constituyen la estructura sobre la que se apoya la práctica de la Inseminación Artificial con donante
- b) Es la auto conservación del esperma de una persona para la utilización posterior en caso de ser necesario, cuando se haya realizado la Vasectomía.
- c) Cumplen una función de investigación. 30

También los CECOS intervienen:

- 1) En el reclutamiento y selección de donantes.
- 2) Aceptación de demandas y control.
- 3) En la operación de congelación de espermias

En Francia también existe una Asociación Nacional para el Desarrollo y el Reconocimiento de la Inseminación Artificial Humana.

---

40 DAVID, George, *Dont et utilización du seme, Génétique Procréation et Droit, Paris, 1985, págs. 207 y ss.*

En España existen Centros Hospitalarios que se dedican a la conservación de espermias y que desde 1973 se encuentran funcionando como son el Hospital Tres Cruces de Bilbao, el maternal de Granada y el de Madrid.

Estos centros recolectan espermias entre los jóvenes y a los donantes se les somete a un profundo reconocimiento médico y analítico previo a la donación, con ello se pretende que el semen sea fértil, que no sea portador de enfermedades genéticas y que no pueda transmitir ninguna enfermedad congénita.

Los donantes también pueden ser hombres casados y con hijos, el hombre casado puede depositar su espermia en el banco para su posible utilización personal, estos para que pasado el tiempo decidan tener más hijos o que el hombre quiera tener más hijos con otra mujer.

Después la Iglesia Católica adopta una posición de matiz y no se pronuncia en contra de la auto-inseminación conyugal, pero rechaza frontalmente la inseminación con donante.

En 1947 el Gobierno Suco, nombró una comisión para la formulación de un proyecto relativo a la reglamentación de la Inseminación Artificial.

En 1953 El gobierno suco presenta una propuesta de ley, pero no llegó a plasmarse en legislación.

En Italia se producen los primeros conflictos ante los tribunales originados por la Inseminación Artificial.

En los últimos años la postura de la Iglesia se ha endurecido enormemente bajo el pontificado de Juan Pablo II, prueba de ello se encuentra en la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe, aprobada por Juan Pablo II el 22 de Febrero de 1987, la fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes y puede dificultar su identidad, también señala la Iglesia que la congelación de embriones, aunque se realice para mantenerlo con vida, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, en esta Instrucción se llega incluso a solicitar de la autoridad política de los Estados que se prohíban estas nuevas técnicas. 41

HAMMOND. Profesor de la Universidad de Cambridge y otros científicos anglosajones se ocupan de resolver satisfactoriamente el problema del trasplante de óvulos fecundados, experimentando en ganado vacuno.

---

41 " La autoridad política tiene la obligación de garantizar a la institución familiar, sobre la que se fundamenta la sociedad, la protección jurídica a la que tiene derecho. Por estar al servicio de las personas, la autoridad política también debe de estar al servicio de la familia. La ley civil no podrá autorizar aquellas técnicas de procreación artificial que arrribatan, en beneficio de terceras personas ( médicos, biólogos, poderes económicos o gubernamentales ), lo que constituye un derecho exclusivo de la relación entre los esposos y, por ello, no podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio. La legislación deberá prohibir, además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación post-mortem y la maternidad sustitutiva. Entre los derechos de la autoridad pública se encuentra el de procurar que la ley civil esté regulada por las normas fundamentales de la ley moral en lo que concierne a los derechos del hombre, de la vida humana y de la institución familiar.

La legislación civil de numerosos Estados atribuye hoy día, ante los ojos de muchos, una legitimación indebida a ciertas prácticas. " Sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, Iglesia, 14 de marzo de 1987, Pág. 29

En los años cincuenta se empieza a perfeccionar la técnica de congelación de espermatozoides por POLGE y ROWSON

Asimismo, se incrementaban los éxitos en la fecundación extracorpórea, tanto con células humanas como de animales, llegando a un mantenimiento relativamente prolongado de la mórula al útero materno. 42

En EE.UU, la Investigación sobre la Fecundación In- Vitro humana ha sido muy activa desde comienzos de la década de los setenta, pero se interrumpió al publicarse la normativa del Departamento de la Salud, Enseñanza y Beneficencia ( HEW ), en el Registro Federal del 8 de agosto de 1975. 43

Se establecían en la misma las proposiciones para investigar con fetos humanos y la Fecundación In-Vitro en la especie humana, además de revisarse su mérito científico por los Institutos Nacionales de Salud, tenían que ser controladas por el National Ethics Advisory Board ( EAB ), nombrado por el secretario del HEW, hasta Julio de 1978 el EAB, sólo tuvo dos reuniones.

En 1978, el mundo entero recibe la noticia de que en Inglaterra había nacido Luisa Brown, la primera criatura humana, concebida fuera de la matriz de su madre, fecundando el óvulo de ella, previamente extraído con espermatozoides de su esposo y produciendo la concepción in Vitro, para luego reimplantar el óvulo fecundado en el seno materno para los nueve meses de gestación.

El 3 de Octubre de 1978, un matrimonio indio recibía un hijo en Calcuta concebido por un método parecido.

En 1979 se incorpora el doctor Trounson, al equipo de Melbourne, dando nuevas ideas sobre la calidad de los fluidos de cultivo y se consigue el tan deseado primer embarazo en el Royal Women's Hospital y el nacimiento de su primer " niño probeta ".

En 1979, se da lo que hoy se llama " **MATERNIDAD SUBROGADA** ", cuando se reporta el primer caso de subrogación de vientre o maternidad, cuando una mujer contratada para embarazarse con el semen de una pareja estéril, da luz y lo entrega a su progenitor natural, para que su cónyuge lo adopte.

El 14 de Enero de 1979, en Glasgow, Escocia, nace el primer varón concebido en probeta que fue bautizado como Elaister Montgomery.

En 1983, se da la noticia, de la congelación de óvulos de mujer que son procedimientos que se someten durante meses y se trata como un método de " congelación profunda ".

42 Shettles, en 1954, obtuvo la fecundación de un ovocito humano que consiguió llegar al desarrollo de mórula de 32 células.

43 Al contrario de lo que había ocurrido con la inseminación artificial que tenía un gran auge e infraestructura en EE.UU., como se demuestra en el I y II Congreso de Genética y Derecho celebrados en los años 75 y 79.

Se relata también de los " embriones huérfanos ", cuando una pareja murió en los Andes Australes y hace mucho tiempo habían " depositado para su congelación dos embriones compuestos de óvulos que fueron extraídos de la madre y fecundados con el espermatozoide de su esposo ".

En España se inician los estudios de la Fecundación In- Vitro en el seno del Instituto Dexeus de Barcelona, en 1982, son cinco grupos que trabajan con éxito la técnica de la fecundación extracorpórea.

En 1983, según una nota periodística, científicos de la Universidad Californiana de Harbor (UCLA) en los Estados Unidos anunciaron:

*" Que por primera vez en la historia, había sido posible trasplantar embriones humanos de una mujer a otra, esta técnica consistía en depositar el espermatozoide del futuro padre, en el útero de la mujer que se ofrece para donar su óvulo y retirar éste, días después, ya fecundado, con ayuda de una solución salina, luego se le traslada al útero de la receptora ".*

En 1984 nace la primera " niña probeta " española en el instituto anteriormente señalado.

En Octubre de 1984 nacen los primeros gemelos a partir de la misma técnica.

También en 1984, se utiliza un óvulo fresco y maduro donado por una mujer fértil para fecundarlo in Vitro e implantarlo en una donataria estéril.

El doctor WOOD, De las Monash University de Melbourne, fecundó en un laboratorio el óvulo donado por una mujer con semen del marido de una segunda estéril por causas ováricas.

El Doctor J. Buster, del Harbor-Ucla Medical Center de Torrance ( California ), inseminó a una mujer fértil con semen del marido de una mujer estéril, por las mismas razones, extrajo el embrión de cinco días del útero de la primera y lo introdujo en la matriz de la segunda, donde tuvo lugar el resto del desarrollo embrionario.

Una nueva derivación de la inseminación artificial se plasma en las peticiones de la demanda que interpuso la viuda Corinne Parpalaix en Francia reclamo a los CECOS el semen de su marido muerto, El Juez de Creteil en agosto de 1984, encargado de la resolución del caso, falló a favor de la viuda, iniciando otra forma de inseminación, que es la " post-mortem ".

En 1985, se dan a conocer dos nuevas técnicas de fertilización; transferencia directa de gametos a las trompas ( GIFT ) y de embriones previamente congelados ( ZIFT ). 44

En 1990 se anuncia con éxito la detección de enfermedades genéticas en embriones y la técnica para eliminarlos antes de su implante en el útero para su gestación.

---

44 Recurso Médico que consiste en introducir en el cuerpo de la paciente un lente para llevar a cabo una inspección ocular interna.

En 1991, se crea la técnica ICSI, que consiste en fecundar intracorporalmente un óvulo con un solo espermatozoide. 45

En 1997, en Italia, se realiza el implante de un óvulo donado y fecundado in Vitro, una mujer de 63 años da a luz a un niño sano, convirtiéndose en la mujer de más edad en procrear y esto se le llamo MATERNIDAD SENIL.

En la actualidad se encuentran perfectamente organizados los bancos de conservación de espermatozoides en coordinación con los centros especializados en su realización, con normas deontológicas propias en defecto de una regulación general. 46

### **4.1.1 Primeros países que regularon la Inseminación Artificial.**

#### **a) Suecia.**

Suecia ha sido el primer país en tener una legislación completa sobre inseminación artificial, a fines de los años cuarenta se nombra una comisión especial que presentó en 1953 una propuesta de ley sobre el particular, su base de reflexión residía en la idea de que la mujer quiere y ha de tener hijos, pero ello ha de tener lugar en el seno del matrimonio.

Se constituye una comisión de estudio sobre la inseminación artificial que presenta un informe final en Septiembre de 1983, remitiendo sus conclusiones a cincuenta instancias diferentes.

En 1984 se encarga a la Comisión otras cuestiones que afectan a los derechos del niño y en diciembre el Gobierno presenta una propuesta de ley al Parlamento sobre Inseminación Artificial y el 1 de Marzo de 1985, entra en vigor como ley, al mismo tiempo se incorporan modificaciones en la ley del secreto profesional y en el Código Civil en el capítulo de paternidad.

#### **b) Alemania.**

El Proyecto Alemán, prescribía que el donante de espermatozoides fuera anónimo para los futuros padres y que no se podía plantear demanda por la paternidad contra él, es decir, que la persona a considerar como padre legal de la criatura sería del marido.

---

45 Implante de células germinales o embriones directamente al útero, salvo el conducto de las trompas de Falopio.

46 Incluso se han logrado técnicas derivadas de gran utilidad, como el método GIFT, que consiste en implantar espermatozoides y óvulos en la trompa de la mujer, siendo más rápido y económico en la Fecundación In-Vitro, descubierto por el equipo de R. Asch en la Universidad de Texas. Con la denominación de transferencia intratubárica de gametos se practica ya en España, y en junio de 1983 se obtiene el primer embarazo. En este mismo año se da a conocer en nuestro país una nueva técnica de Inseminación artificial para los casos en que los hombres generan pocas espermatozoides.

Posteriormente en Alemania, en el Congreso Médico Alemán en 1959 en Lübeck, se concluyó que la Inseminación Artificial no atenta contra la ética profesional, pero se crea una corriente contraria en el seno de este congreso, cuya idea se plasmó en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, donde se argumenta la prohibición o penalización de la práctica de inseminación artificial.

Sin embargo, la posición alemana, representada claramente por este proyecto, queda aislada en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en La Haya en 1964.

Así, en 1968 se presenta un proyecto alternativo en contra del delito propuesto con las prácticas inseminatorias, el Congreso Médico Alemán reunido en Stuttgart en 1970 confirma sus conclusiones anteriores, no considerando ni siquiera a la Inseminación Artificial con donante contraria a la ética profesional.

En 1983, se presenta en la Comisión Internacional del Gobierno Federal Alemán, presidida por Ernest BENDA, un informe para crear un marco legislativo que regule la inseminación artificial y la manipulación genética.

En Marzo de 1986, el Ministro de Justicia de la República da a conocer que su Gobierno prepara un proyecto de ley para prohibir la producción de embriones destinados a la investigación y para impedir las madres de alquiler, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Benda.

El proyecto de H. Engelhard prohíbe la investigación más allá de los catorce días después de la fecundación, también el clonado y los experimentos en fetos abortados aún vivos. 47

### **e) Canadá.**

En Canadá cuenta con dos preceptos, en el Código Civil de Québec, establece que " El marido que consintiera una inseminación realizada en su mujer no podrá impugnar su paternidad y con unas recomendaciones del Ministerio de Sanidad en las que provisionalmente marca las pautas de funcionamiento para la realización de la inseminación artificial ". 48

### **d) Francia.**

En Francia se han discutido las siguientes proposiciones N° 147 adoptada por el Senado y registrada en la Asamblea nacional el 15 de Julio de 1981, N° 255 presentada en el Senado el 8 de abril de 1982, N° 2.158 presentada en la Asamblea Nacional el 18 de mayo de 1984 sobre inseminación artificial.

---

*47 El Ministro Engelhard considera que para el problema de las madres de alquiler no bastan las leyes actuales, por eso el derecho de adopción y de patria potestad deben ser reconsiderados para evitar abusos que afectarían a los hijos.*

*48 No se admitirá la negación o contestación de la paternidad si el hijo fue concebido por Inseminación Artificial y consintieron los esposos. Ninguna otra persona podrá contestar la filiación por el motivo de que se hubiera concebido por Inseminación Artificial.*

**e) Estados Unidos.**

En EE.UU. La inseminación artificial se encuentra regulada en algunos aspectos en veintiséis Estados.

**f) Italia.**

Se encuentran precedentes desde 1958 cuando el 3 de diciembre los Honorables Cossiga y Sarti presentaron en la Cámara de Diputados una interrogación sobre prácticas inseminatorias. En noviembre se presentaría una propuesta por los Diputados Gonela y Manco y otra el 8 de abril de 1959 por Riccio, Russo y Frunzio.

Las más relevantes en la actualidad han sido en ese país N° 852, presentada a la Cámara el 16 de noviembre de 1983 por Lafranchi y otros diputados, N° 2.231, presentada por Rizzo el 6 de noviembre de 1984, N° 2.603 presentada por Battistuzzi y otros el 28 de Febrero de 1985, N° 2.660 presentada por Teodori el 12 de Marzo de 1985; el disegno di legge Malagodi, N° 1.304 de 17 de abril de 1985; *Proposte della Commissione ministeriale in tema di fecondazione artificiale umana e trattamento Delhi embrioni* de 22 noviembre de 1985; *Proposta di legge Lanfranchi- Cordiolo*, N° 3.694, 17 de abril de 1986; *Proposta di legge Artioli*, N° 3.749 de 9 de mayo de 1986. 49

**f) España.**

El Grupo Popular al Gobierno a través de don Isafas Zaragoza en Junio de 1984, constituye una Comisión Especial de estudio sobre fertilización extracorpórea en el Congreso de los Diputados y a petición del Grupo Centrista y los Nacionalistas vascos.

En la segunda sesión de trabajo cambiarían la denominación por Comisión Especial de estudio de la fecundación In- Vitro y la Inseminación Artificial humana.

El 8 de abril presenta su informe y conclusiones al Congreso de los Diputados, aprobándolos en Pleno el día 10 del mismo mes.

---

49 Para el funcionamiento de la estructura sanitaria a la espera de normas específicas el Ministerio, por Orden de 31 de octubre de 1984 dirige algunas recomendaciones a los presidentes regionales de sanidad y crea la Comisión de Estudio que informa en noviembre de 1985.

g) México.

**1) Código Civil para el Estado de Tabasco de 1997.**

El Legislador Tabasqueño, en mayo de 1997 aprobó el Código Civil del Estado de Tabasco, llevando a cabo cambios para una legislación civil moderna y es por eso que se convierte en uno de los pioneros al admitir y normar algunos aspectos de la Fecundación Humana Artificial.

Este Código Civil le da un marco jurídico a la Fecundación Humana Asistida y regula los efectos en cuanto al derecho civil de esta técnica científica.

Los únicos casos que prevé el Código Civil es para parejas de casados o concubinos y que interpretando a contrario sensu, los amasios y aquellos que no tienen "pareja" no tienen derecho a emplear métodos artificiales de procreación.

**a) La Fecundación Artificial respecto a los esposos:**

En el Artículo 165 del Código Civil para el Estado de Tabasco, señala lo siguiente:

" Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia ".

De este Artículo se deducen siete principios relativos:

- 1) Las técnicas de fecundación humana son nuevos métodos de reproducción.
- 2) El legislador tabasqueño legitima y legaliza la Inseminación Artificial, la Fecundación In-Vitro y cualquier otro método de reproducción artificial, pero los reserva únicamente para las parejas.
- 3) La pareja puede emplear cualquier método de reproducción artificial.
- 4) Los cónyuges sólo pueden emplear los métodos de procreación humana artificial para " lograr su propia descendencia ".



Esta causal va contra los fines del matrimonio, como lo es el de la reproducción, si la mujer se inseminó con el espermatozoide de su marido, solo está contribuyendo a los fines del matrimonio y en ese caso no debería dar lugar a una causal de divorcio.

Aunque se pudiera dar el caso de que una mujer pretendiera hacer pasar como concebido por medio de procreación artificial, un hijo adulterino pero en todo caso hay también nuevas técnicas científicas que nos permitirían saber si el cónyuge es o no, el padre biológico y de ser así, el marido ofendido, tendría otra causal que podría hacer valer para divorciarse.

#### **b) La Fecundación Artificial respecto a los hijos.**

El Código Civil para el Estado de Tabasco, regula algunos de los efectos de los concebidos por medio de la procreación artificial, tanto a lo que es filiación y como en cuanto a los deberes y derechos de los concebidos.

El Artículo 324 del Código Civil para el Estado de Tabasco establece lo siguiente:

“ Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de producción humana artificial:

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

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

El legislador incluyó una presunción *juris tantum* para los “ concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial “ de ser hijos de los cónyuges.

El Artículo 340 del Código Civil para el Estado de Tabasco establece lo siguiente:

“ Se presumen hijos del concubino y de la concubina:

I.- Los hijos nacidos dentro de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato.

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

III.- Los nacidos después los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquier método de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable “.

El Artículo 349 del Código Civil del Estado de Tabasco señala lo siguiente:

“ Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos “.

El consentimiento de cualesquier método de reproducción artificial impide el desconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos de su cónyuge o de su concubina.

Aún cuando el hijo de su cónyuge nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio no podrá desconocer la paternidad si consintió que su cónyuge hiciera uso de los métodos de procreación artificial.

Tampoco podrá desconocer la paternidad, si reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida aún cuando haya nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio.

Si el concubinario otorgó su consentimiento de manera indubitable, a los métodos de reproducción humana artificial, se crea una presunción de ser hijos del concubinato aun cuando se esté en el siguiente caso:

Aunque hayan pasado los trescientos días siguientes a que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina y no tenga un nexo biológico con uno o ambos padres.

El Artículo 398 Fracción III del Código Civil para el Estado de Tabasco señala lo siguiente:

“ Para que la adopción plena tenga lugar se requiere:

Que el menor a adoptar no tenga más de cinco años de edad, se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, o sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares o sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in Vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción “.

De lo anterior se advierte que la reglamentación de la adopción cambia y el consentimiento no lo dará la madre que dio luz sino los padres que contrataron.

Los hijos concebidos naturalmente, cuyos padres son cónyuges y los hijos concebidos artificialmente cuyos padres son cónyuges, pero que hayan estado de acuerdo con la utilización del método artificial, tiene los mismos derechos.

Los hijos concebidos naturalmente, cuyos padres no son cónyuges, y los hijos concebidos artificialmente, cuyos padres tampoco son cónyuges, pero que hayan estado de acuerdo con la utilización del método artificial tienen los mismos derechos.

El Artículo 365 del Código Civil para el Estado de Tabasco señala:

“ El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tienen derecho:

I.- A llevar el apellido del que lo reconoce;

II.- A ser alimentado por éste;

III.- A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión in testamentaria;

IV.- A ejercer los derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial.

Esta regla debe de interpretarse, cuando hay una tercera persona en la procreación, es decir, cuando hay una madre biológica ( donadora del óvulo ) o una madre sustituta ( portadora ) la madre legal será la contratante, tal y como lo señala el Artículo 347 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

## **2) Código Civil para el Distrito Federal.**

La Asamblea de Representantes el 25 de Mayo del 2000, realizo reformas para un moderno Código Civil, y es por eso que se busca normar algunos aspectos de la Fecundación Humana Artificial.

Este Código Civil le da un marco jurídico a la Fecundación Humana asistida y regula los efectos en cuanto al derecho civil de esta técnica científica.

Los únicos casos que prevé el Código Civil del Distrito Federal es para parejas casadas o concubinos y que interpretando a contrario sensu, los amasios y aquellos que no tienen " pareja " no tienen derecho a emplear métodos artificiales de procreación.

### **a) La Fecundación Artificial respecto a los esposos:**

En el Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, señala lo siguiente:

" Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges “

De este Artículo se deducen principios relativos:

- 1) Las técnicas de fecundación humana son nuevos métodos de reproducción.
- 2) La pareja puede emplear cualquier método de reproducción artificial.
- 3) Los cónyuges sólo pueden emplear los métodos de procreación humana artificial para “ lograr su propia descendencia “.
- 4) La Fecundación humana artificial debe ser una decisión de pareja, el consentimiento es fundamental.

El Artículo 267, Fracción XX del Código Civil para el Distrito Federal, agrega una nueva causal de divorcio:

XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.

Este Artículo tiene referencia con el Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que le da el derecho a los cónyuges para acceder a la fecundación artificial pero, para ejercer ese derecho, la condiciona a que sea de común acuerdo con su pareja, por lo tanto, se requiere consentimiento de los cónyuges.

**b) La Fecundación Artificial respecto a los hijos.**

El Código Civil para el Distrito Federal, regula algunos de los efectos de los concebidos por medio de la procreación artificial, tanto a lo que es filiación y en cuanto a los deberes y derechos de los concebidos.

El Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

**“ No 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 “.**

El Artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, reconoce y confirma el parentesco que nace de la Reproducción Asistida:

**“ Se da parentesco por consanguinidad, el hijo producto de reproducción asistida y de quienes lo consientan “.**

El Artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

**“ Que las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse de conformidad con este Código, pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de la fecundación asistida a su cónyuge “.**

El consentimiento a cualesquiera de los métodos de reproducción artificial impide el desconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos de su cónyuge.

El Artículo 398 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

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

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

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

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

**IV.- Los demás que se deriven de la filiación “:**

#### **4.2 Concepto de Inseminación Artificial.**

Operación médica que consiste en fertilizar o fecundar a una mujer, introduciéndole en su vagina, con una cánula el espermatozoide que puede ser de su esposo o de su concubino o de un tercero.

Es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación.

Desde el punto de vista Biológico, "Es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado". 50

Un hecho médico, mediante el cual se introduce en el aparato genital femenino el semen previamente recolectado. 51

Según Palmer, " Es la introducción del esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer, de un modo distinto que por el comercio sexual, se realiza con el esperma del marido o puede realizarse con el esperma del otro ". 52

Para Herrero de Collado, " Es toda operación que tiende a hacer germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos mediante procedimientos no naturales ". 53

Para Ramón Herrera Campos, " Es la introducción del semen en los órganos genitales femeninos por un procedimiento distinto del contacto sexual entre el hombre y la mujer ". 54

El Informe de la Comisión, " Es la técnica que consiste en llevar el semen del marido o varón de la pareja o de un donante, obtenido previamente por masturbación, a la vagina o al útero de la mujer receptora.

Serrano Alonso, la define " Como el procedimiento que consiste en introducir semen de varón en los genitales internos de la mujer mediante instrumentos adecuados y procurar la fecundación del óvulo en el útero de la mujer ". 54

Para Gisbert Calabuig, la define " Como la introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual ". 55

---

50 Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, Filiación y Delito*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina, Buenos Aires, 1990.

51 Herrero del Collado, *La Inseminación artificial humana ante el Derecho penal*, Universidad de Granada. Facultad de Derecho, 1969.

52 Dr. Raoul Palmer, *Estudios Médicos de la Fecundación Artificial*, Studium, Buenos Aires, Pág. 8.

53 Herrera Campos, Ramón, *La Inseminación Artificial*, Universidad de Granada, España, Granada 1991.

54 Serrano Alonso, E., " Aspectos de la fecundación Artificial ", *actualidad civil*, Febrero, 1989, Pág. 388.

Moretti y Dinechin, " Es el resultado de la fusión del elemento masculino ( el espermatozoide ), con el elemento femenino ( óvulo ) para formar una sola célula, el huevo ".

Gemelli, la define " Como la introducción del espermatozoide dentro de los órganos genitales de una mujer, sin recurrir a la relación sexual, con el fin de favorecer o facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo, haciendo posible la fecundación de éste ". 55

Esta técnica se utiliza cuando el varón es impotente o tiene dificultades para tener una relación sexual y cuando el espermatozoide del esposo o concubino, no tiene la calidad o cantidad suficiente, para fecundar el óvulo de su pareja.

Es la operación que consiste en colocar el semen del varón dentro de la vagina o del útero de la mujer por otros medios que no sea el acto sexual. 56

El proyecto de Ley Braivant, en Francia, señala "Que la reproducción asistida es la que resulta de la inseminación artificial de una mujer con el espermatozoide del marido, de su pareja estable o de un tercero".

El Reglamento de Investigación para la Salud en su Artículo 40 en su Fracción XI, define a la Fertilización Asistida, como " La Inseminación artificial ( homóloga o heteróloga ) e incluye la Fertilización In Vitro.

Yague, manifiesta que la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica, pero nunca como un medio alternativo de procreación para parejas infértiles y menos sin constituir pareja, como sujetos individualizados que pretendan beneficiarse de las ventajas del procedimiento.

57

### **4.3 Clases de Fecundación Asistida:**

#### **1) Fecundación In- Vitro.**

En julio de 1978, en Inglaterra nace el primer bebé concebido por el método de fecundación in-Vitro.

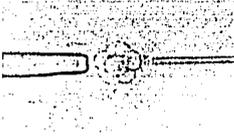
---

55 Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética. Filiación y Delito*, Argentina, Buenos Aires, 1990, Pág.20

56 Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. Cit* Pág. 20

57 Medó Yague, " Breve discurso sobre bioética y derecho. La revolución biogenética versus sistema familiar ", *Estudios de Deusto, Universidad de Deusto*, vol. 34, núm. 2, pp.341

**FERTILIZACIÓN IN VITRO (FIV).**



La fertilización in vitro, procedimiento que adquirió renombre internacional tras el nacimiento de Louise Brown, que recibió el nombre de bebé probeta, es parte integrante de un proceso técnico y complejo. En esencia consiste en la fertilización en un medio de cultivo, de los óvulos obtenidos de la mujer, con espermatozoides de su pareja. Recibe el nombre de in vitro por el recipiente de laboratorio donde serán fertilizados los óvulos, fuera del organismo de la mujer. Posteriormente, los preembriones obtenidos se transfieren al útero para continuar su desarrollo.

Para obtener los óvulos que serán luego fertilizados, se realiza la estimulación farmacológica de la ovulación, mediante la administración de la hormona FSH y un control estricto del ciclo menstrual mediante la determinación de los niveles hormonales y seguimiento ecográfico del desarrollo folicular en los ovarios. Cuando se alcanza el momento de la ovulación, se recogen los ovocitos, directamente de los ovarios y una vez fertilizados, se transfieren al útero los embriones obtenidos. Ya que sólo se transfieren dos o tres, los embriones sobrantes se criopreservan en nitrógeno líquido y pueden ser empleados más adelante.

A diferencia de lo que ocurre en un ciclo normal, mediante la estimulación ovárica con fármacos se pretende obtener varios óvulos maduros al mismo tiempo, esto permite optimizar el proceso y ahorrar nuevos ciclos en caso de que no se consiga el embarazo en este intento. El crecimiento folicular se controla combinando análisis seriados de estradiol en el plasma y ecografías de los ovarios. Al comprobar que el número y tamaño de los folículos es el adecuado, se desencadena su maduración mediante una inyección de una hormona llamada LH. Unas 36 horas después se realiza la captación folicular mediante punción guiada ecográficamente.

Los ovocitos obtenidos son estudiados y completan su maduración en un medio de cultivo. Entonces el semen del marido se incorpora a este cultivo con el fin de facilitar la fecundación. Una vez se comprueba la vitalidad de los embriones obtenidos, dos o tres de ellos se transfieren al interior del útero, mientras que los sobrantes se criopreservarán en nitrógeno líquido para su uso posterior.

Es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre, fuera de su cuerpo, con el espermatozoide del padre. 57

Esta técnica consiste en una operación quirúrgica llamada "la paroscopia", practicada a una mujer por medio de la cual se le extraen varios óvulos después de haberle provocado la producción de ovocitos por estimulación hormonal.

58 En este sentido Ma. Dolores Vila Caro. " Aspectos Jurídicos de la fertilización in Vitro ". BICAM, 1985. Clasifica esta autora la Fecundación In- Vitro. I) Atendiendo a los sujetos: homóloga, heteróloga y clónica. II) Atendiendo a sus fines: terapéutica y eugénica. III) Atendiendo a su localización. Ortótopica y Ectópica. En el segundo caso, la fertilización se gesta en lugar distinto al órgano y situación natural.

La Fecundación In Vitro, también consiste en la fertilización de un óvulo por el espermatozoide en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación ( FIVTE ).

Esos óvulos son colocados inmediatamente después de un medio nutritivo adecuado para posteriormente hacerlos germinar con el espermatozoide.

Después de dos días y medio, aproximadamente empieza una división celular y el óvulo empieza su desarrollo, es necesario regresarlo al útero de una mujer quien ha sido preparada cuidadosamente para recibir el óvulo germinado y recibir un segundo tratamiento hormonal y es ahí donde el huevo continuará su desarrollo hasta el alumbramiento.

La Fecundación In-Vitro presenta los siguientes cuestionamientos:

- a) Propicia que el bebé sea concebido fuera del cuerpo materno.
- b) Los primeros días después de la concepción, el embrión vive fuera del seno materno.
- c) Este método puede ser combinado por otras técnicas de procreación artificial.
- d) Puede ser gestado en el útero de otra mujer que no sea su madre.
- e) Disocia la maternidad biológica, legal y la social, ya que permite separar concepción, maternidad, gestación y alumbramiento.
- f) El embrión puede ser congelado, lo que trae como consecuencia que pueda ser implantado mucho tiempo después de su concepción, puede ser manipulado, utilizado a fines terapéuticos u otros fines ( lícitos o ilícitos ).
- g) Sustituye la procreación natural por procreación artificial.
- h) Separa sexualidad de procreación.
- i) Deshumaniza la procreación

La diferencia fundamental entre las dos técnicas, radica en que mientras, la Inseminación Artificial la fecundación del óvulo por el espermatozoide se realiza dentro del cuerpo de la mujer, en la Fecundación In Vitro la fecundación del óvulo por el espermatozoide se realiza extracorporalmente.

La variedad de alternativas que ofrece la nueva técnica es muy amplia: la donación de óvulos de una mujer fértil a una estéril para ser fecundados con semen de su pareja; la " donación " de embriones entre parejas, y el embarazo de una mujer por cuenta de otra, modalidad conocida como maternidad subrogada.

### **II) Inseminación Artificial.**

El procedimiento llamado inseminación artificial consiste en colocar en el interior del útero o del canal cervical de la mujer, el semen del varón previamente preparado. Para ello es preciso realizar la monitorización de un ciclo menstrual con el fin de detectar el momento de la ovulación. El material seminal puede ser el del propio marido de la mujer o proceder de donante en casos de ausencia de espermatozoides utilizables en su pareja.

La inseminación artificial permite conseguir el embarazo en aquellos casos en los que el semen no reúne todas las condiciones necesarias para la fertilización del óvulo. También se emplea cuando el varón padece alguna patología que impide depositar el semen normalmente en la vagina. En estos casos se obtiene el eyaculado seminal y se centrifuga.

Los espermatozoides, una vez disueltos en una pequeña cantidad de un medio apropiado que les proporciona vitalidad, se seleccionan y se colocan mediante una fina cánula, en el interior del útero, en el canal del cérvix o incluso en la vagina misma (inseminación paracervical), justo en el momento en que se detecta la ovulación.

En otros casos, la inseminación artificial puede también prepararse de antemano cuando el varón deba ser sometido a tratamientos quimioterápicos o radioterápicos, en los que se prevea la alteración de las células germinales productoras de espermatozoides, simplemente cuando las características del eyaculado permitan prever una mala eficacia fertilizante.

La inseminación artificial empleando semen de donante se empezó a utilizar en aquellos casos en los que era imposible obtener espermatozoides viables. En esta técnica se realiza la monitorización del ciclo menstrual, igual que en el caso anterior, mediante determinaciones hormonales y ecografías, hasta determinar el momento esperado de la ovulación. En este caso el semen empleado para la inseminación procede de un donante varón sano.

Se trata de una técnica relativamente simple y eficaz, pero el resultado final está condicionado por la calidad del semen que, suele ser de baja calidad por causas derivadas de la propia patología del varón, de esta forma, cuando se alcanzan tres o cuatro intentos, donde el índice de éxitos es notable, está indicado acudir a otras técnicas más precisas como la Fertilización In Vitro o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

Herrero de Collado hace la clasificación de la Inseminación Artificial :

**A) Dentro del matrimonio:**

- a) Homóloga o conyugal; Propia o estricta, impropia o complementaria.
- b) Heteróloga o extraconyugal con dador conocido o con dador desconocido.
- c) Consintiendo el marido o contra su voluntad.
- d) Consintiendo la mujer o contra su voluntad.

**B) Fuera del matrimonio: de mujer soltera o de viuda.**

Martínez Calcerrada,<sup>59</sup> hace una clasificación de la Inseminación Artificial, que es la siguiente:

a) Inseminación matrimonial, homóloga, consorcial o auto inseminación:

1) Inseminación artificial Inter.-vivos:

- a) De primer grado.
- b) De segundo grado.
- c) De tercer grado.

2) Inseminación post-mortem:

- a) Inseminación propiamente dicha.
- b) Fecundación In Vitro con transferencia de embriones.

3) Inseminación con tercería maternal:

- a) Fecundación In Vitro con óvulo de tercera.
- b) Inseminación matrimonial heteróloga, por tercería o heteroinseminación con semen del tercero:

---

<sup>59</sup> Martínez- Calcerrada, I., *La nueva inseminación artificial ( Estudio de la Ley de 22 de noviembre de 1988)*, Madrid, págs. 76-84.

1) Inseminación Artificial Inter. Vivos:

- a) De primer grado.
- b) De segundo grado.
- c) De tercer grado.

2) Inseminación Artificial post-mortem:

3) Inseminación Artificial con terciaria maternal:

- a) Inseminación Artificial de viuda.
- b) Inseminación Artificial de soltera.

Serrano Alonso <sup>60</sup> agrupa a las nuevas técnicas en dos grandes grupos:

- a) Inseminación Artificial:
- b) Fecundación In- Vitro:

La Inseminación Artificial señala las siguientes variantes:

- a) Inseminación Artificial con semen del propio marido o compañero estable.
- b) Inseminación con semen del donante.
- c) Óvulo de donante. Madre infértil e incapaz de gestar, utilización de semen del marido y Fecundación In Vitro de otra mujer.
- d) Madre y esposo infértil, pero aquélla con capacidad de gestación, es decir, óvulo y semen de donante y gestación por la mujer.
- e) Madre infértil, pero capaz de gestar y semen del marido, hay donación del óvulo.

---

<sup>60</sup> Serrano Alonso, E., *op.cit.*, págs. 388 y s.

Para J.A. Gisbert Calabuig, realiza la siguiente clasificación:

a) Inseminación Artificial con fecundación interna.

- 1) Homóloga ( semen del marido ).
- 2) Heteróloga ( semen del donante ).

En ambos casos la inseminación puede ser:

- Intravaginal.
- Intrauterina.
- Intracervical.
- Intratubárica.
- Intraoperitoneal.

Ramón Herrera Campos 61, realiza la siguiente clasificación:

a) Inseminación Homóloga.

b) Inseminación Heteróloga:

- 1) Inseminación dentro del matrimonio, con distintas variantes.
- 2) Inseminación después de la disolución del matrimonio.

a) En caso de divorcio.

b) La inseminación post- mortem.

#### **4.4 Inseminación entre los esposos.**

Para unos el derecho a procrear no tiene límites y por lo tanto, se justifican las nuevas técnicas como fundamento del derecho de procreación y otros no admiten estas técnicas de reproducción y señalan que no existe un derecho humano a tener descendencia.

---

61 Herrera Campos, Ramón, *La Inseminación Artificial*, Universidad de Granada, España, Granada, Pág. 26.

El hombre tiene derecho a fundar una familia, porque es consecuencia de un derecho al libre desarrollo de una personalidad, la vida es el primer valor del individuo y todos tenemos el derecho de transmitirla, ya que no podemos olvidar que el transmitir la vida no es cosa de uno sino de dos, ya que es necesario el concurso del hombre y de la mujer para llevar a cabo la procreación.

Las principales declaraciones de los derechos humanos, no encuentran de manera explícita este derecho a la procreación:

La " Declaración Universal de los Derechos Humanos ", en su resolución del 10 de Diciembre de 1948 en su Artículo 16 señala:

" Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutan de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio ".

En la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en ninguno de sus principios se refiere a este derecho a procrear.

En la Carta Social de Europa, que entró en vigor en 1965, sólo reconoce del derecho de familia la protección social, jurídica y económica.

En el único texto donde se encuentra plasmado el derecho a procrear es la Carta de los Derechos de la Familia de 1983, su Artículo 3 señala:

" Que los esposos tienen el derecho inalienable de fundar dicha familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo plena consideración los deberes para consigo mismo, para con los hijos nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores y de acuerdo con el orden moral objetivo que excluye el recurso a la contracepción, la esterilización y el aborto ".

La Ley Sueca 1140 de 1984, sobre inseminación artificial, dispone en su Artículo 2º que " La Inseminación Artificial se puede hacer únicamente a mujer casada o la que convive con un hombre en pareja ".

El Artículo 7º de la misma ley sostiene " El que comúnmente o por razones de lucro realiza inseminación contra las reglas de esta ley o el que suministra el esperma para esta clase de inseminación será castigado con multa o prisión de hasta seis meses ".

Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se haya descartado por inadecuadas o por ineficaces.

En España, la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista de fecha 29 de abril de 1987, sobre " técnicas de reproducción asistida ", admite como usuarios de las mismas a los matrimonios y parejas estables, esta prohibida para parejas homosexuales o lesbianas.

La mujer que se somete a la inseminación debe ser mayor de edad, si es casada se debe utilizar el semen del esposo, este tipo de inseminación se denomina " Inseminación homóloga ".

La Inseminación Artificial homóloga es aquella que se lleva a cabo con el semen del marido, tal y como lo señala Zannoni este tipo de inseminación no afrenta la naturaleza ni los fines del matrimonio y merece aprobación como un medio para superar, siendo posible la infertilidad de los cónyuges. 62

La inseminación de una mujer casada con el esperma de su esposo que todavía vive, no representa, en realidad conflicto de orden jurídico, el hijo nacido, se le debe considerar hijo de matrimonio, su filiación, ya que existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal, la condición del menor está reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar.

Como presupuesto para llevar a cabo la Inseminación Artificial homóloga, se requiere el consentimiento de la mujer, integrado con el del marido, en el caso de la mujer, unida en matrimonio o de la pareja estable.

#### **4.4.1 Consecuencias Jurídicas de la Inseminación entre los esposos.**

La mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de esperma, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado.

---

62 Lajacano, Vicenzo, " Inseminaciones artificiale ", en *Enciclopedia del Dorvito, Varese, Ed. Giuffrè, 1971, 1971, t XXI, Pág. 754.* Shuman Jeffrey, M. " *Legal aspects artificial insemination, en journal of Family*

El esposo o la pareja estable que se someten a la inseminación artificial aceptan tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca.

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación éste se convierte en irrevocable. iniciado el procedimiento la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni por la mujer ni por su marido o pareja, a no ser que surgiera una necesidad médica que la justificara.

Para acoger todas las opiniones anteriormente señaladas, se debe de acoger que el hijo que ha sido concebido por la esposa que nazca dentro del matrimonio haya utilizado el semen del esposo y además que haya consentimiento de ambos. para validez de presunción se estará a lo que señala el Artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal:

Art. 324. " Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio;

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.

El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y consecuentemente un nacimiento, este acontecimiento implica el establecimiento de una filiación materna y en el mejor de los casos paterna.

Por tratarse de la concepción artificial en matrimonio se requerirá el consentimiento de ambos, cuando media el consentimiento del marido es indudable que no hay infidelidad alguna, ni injuria.

En definitiva, la inseminación artificial homóloga se puede llevar a cabo por cualquiera de los siguientes supuestos:

Lledó Yagüe, asegura que estas prácticas sólo deben permitirse a parejas casadas. 63

- a) En los casos de esterilidad por impotencia y en aquellos supuestos en los que el varón es incapaz de depositar el semen en la vagina y esto puede ser ocasionado por un rechazo psíquico o en los supuestos de minusvalías con parálisis, en aquellos supuestos en los que no se produzca la erección.
- b) En la esterilidad por alteraciones de la mucosa que tapiza el cuello uterino.
- c) Es la esterilidad por malformaciones congénitas de aparato genital, ya sea del varón o de la mujer, que impida la realización del coito normal.

El artículo 466 de la Ley General de Salud establece lo siguiente:

“ .....

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Este tipo de Inseminación debe darse con el consentimiento de los cónyuges tal y como lo contempla el Artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“ Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente “.

Los cónyuges tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges “.

---

63 Lledó Yagüe: “ La regulación jurídica de la inseminación artificial y fecundación in Vitro, ponencia presentada al I Congreso Nacional de Bioética, Valladolid, mayo 1986, p.6

El Artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud señala como se debe realizar el consentimiento;

“ Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo del parto, puerperio y lactancia; en nacimiento vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la *fertilización asistida*, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 del 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 “.

Art. 20. “ 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 someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna “.

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 de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría:

II. Sea 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

VI. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

La inseminación de la mujer con el espermatozoide de su marido, es con el afán de resolver un impedimento del marido o de la mujer y traer al mundo un nuevo ser.

La Inseminación Artificial Homóloga no plantea ningún tipo de problemas, ya que ésta se utiliza para solventar alguna anomalía del marido, como puede ser la apispadía o la hipospadía ( anomalía del canal uretral en el varón, que no desemboca en su sitio normal ), o bien sea debido a anomalías de la mujer, como son la estenosis ( estrechamiento de la válvula ).

También puede dar lugar a la Inseminación Artificial Homóloga cuando se realice el acto sexual de una manera normal, pero los espermatozoides no pueden ascender al útero después de una endocervicitis o de una estenosis, es decir, por una inflamación del endocérvix o mucosa que tapiza el cuello uterino.

La Inseminación Artificial Heteróloga, trae un parentesco por consanguinidad, tal y como lo señala el Artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo. 293. “ El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

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

#### **4.4.2 Inseminación Artificial llevada a cabo después de la disolución del matrimonio.**

En la actualidad no se utiliza espermatozoides frescos para realizar la Inseminación Artificial, muchas veces es necesario congelarlo y someterlo a las pruebas necesarias para poder detectar si es portador de alguna enfermedad, incluidas las pruebas para detectar el SIDA, se pueden plantear varias cuestiones:

- 1) Que el varón haya depositado el espermatozoides para el correspondiente estudio de que está sano y no transmita ninguna enfermedad y después poder obtener el hijo deseado.
- 2) Que el marido decida depositar su espermatozoides en un banco para poder hacer uso de él en un momento posterior, ya sea, porque ha optado por hacerse la vasectomía o bien por si muere y su esposa decide tener un nuevo hijo fruto de la pareja.
- 3) Que la pareja de mutuo acuerdo deposite en un banco de espermatozoides un preembrión congelado de ambos.

Una vez disuelto el matrimonio por cualquiera de las causas legales que dan lugar a ello, la esposa da luz antes de que se disuelva el matrimonio, entrando en juego la presunción de paternidad del marido y la filiación.

#### **4.4.3 Inseminación en caso de separación o divorcio.**

Este tipo de modalidad que se da dentro del matrimonio cuando todavía viven en pareja, ya que pudo haber sido que los mismos cónyuges hayan convenido depositar en un banco de espermatozoides, para que posteriormente quisieran utilizar, pero aquí cabe alguna problemática que analizaremos. .

Producida la separación o divorcio y existiendo embriones, óvulos o espermatozoides congelados, éstos pueden ser reclamados por ambos ex cónyuges o el marido podrá reclamarlos, pensando en que se esterilizó y después del divorcio se ha unido en matrimonio con otra mujer y quiere tener descendencia, tendrá derecho a utilizarlos ambos cónyuges, pero si hay un solo embrión y lo quieren ambos, quién tendrá preferencia.

Si el embrión es utilizado por el varón y la nueva mujer con la que se ha contraído segundo o posterior matrimonio, en cuanto a la paternidad no hay problema, por dos motivos, uno porque es el padre genético ya que fue él quien aportó el semen.

Si es la ex mujer la que ha solicitado el embrión congelado y ha contraído nuevo matrimonio y quiere tener un nuevo hijo con él, no existe problema en cuanto a la maternidad, porque coinciden madre genética y madre de reproducción pero, en cuanto a la paternidad, sería padre legal el nuevo marido de la mujer inseminada, pero no sería el padre biológico.

Pero se puede dar el caso, que el marido de la excónyuge puede reconocer en vida, a través de un documento público, la paternidad del hijo habido con el esperma que él proporcionó y el óvulo de la que era en su momento su mujer, que después se convirtió en embrión, que fue congelado y que, con posterioridad, fue trasplantado a su exmujer, que ha contraído nuevas nupcias.

Este documento es inscribible cuando ha nacido el niño, siempre que cumpla los requisitos necesarios para que produzca efectos el reconocimiento de los menores.

Como señala Díez del Corral, la filiación paterna no matrimonial, podrá inscribirse no sólo por la vía de una acción judicial, sino también a través del documento público o privado.

#### **4.4.4 Inseminación post-mortem.**

Este tipo de inseminación se da cuando el marido ha depositado el semen en el banco de espermias o bien que la pareja haya depositado un embrión para una posterior utilización, ya que el mismo se obtuvo cuando el marido todavía vivía en el momento de su obtención, pero las consecuencias son las mismas.

Serrano Alonso <sup>64</sup>, que esta expresión de Inseminación Post-Mortem, puede ser tomada en varios sentidos:

- a) referirse al supuesto en que el donante del semen o los donantes del embrión, hayan fallecido antes de su empleo o implantación de una mujer receptora.
- b) Implantación en mujer viuda, de un embrión humano en cuya formación no ha tomado parte el esposo fallecido.

---

<sup>64</sup> Serrano Alonso, Eduardo, *El depósito de espermias o de embriones congelados y los problemas de la fecundación post-mortem, en II Congreso Mundial Vasco. "La Filiación a finales del siglo XX"*, p. 337.

c) Inseminación de mujer viuda con semen del marido fallecido o implantación del embrión fecundado con semen de este.

También se da en aquellos casos en que el donador es conocido, esposo o pareja de la mujer y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte.

Efectivamente para hablar de Inseminación o Fecundación Homóloga, practicada después del fallecimiento del marido, es necesario que haya habido matrimonio y que el material genético provenga del cónyuge muerto.

#### **4.4.4.1 Antecedentes de leyes regulatorias de la Inseminación Post-Mortem.**

La recomendación 60 de la Comisión Warnock, propone que “ cualquier niño nacido por medio de inseminación artificial con semen del marido, que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en cuenta para sucederle o heredarle “.

La Ley de Reproducción Asistida Española del 22 de noviembre de 1988, acepta este tipo de Inseminación en el supuesto de que el hijo es concebido, utilizando el semen depositado en el banco de espermias, cuando el productor del semen ya ha dejado de existir.

La misma Ley, en su Artículo 9-2, señala que debe existir “ una autorización a la esposa del cedente para utilizarlo en un plazo no superior a seis meses después de haber fallecido “.

El 26 de Octubre de 1978. Henri Caillavet y Jean Mezard presentaron al Senado una Proposición de Ley tendiente a hacer de la Inseminación Artificial un medio de procreación y su capítulo IV titula “ Inseminación Artificial post-mortem y el Artículo 11 señala, “ Que la mujer legítima o viuda o la concubina notoria viuda tienen la facultad, sólo ellas, de la inseminación Artificial con el esperma del de cujus y esta debe de ser practicada a lo más tardar el tercer año después del día del fallecimiento “.

Una Comisión para la reforma jurídica de Nueva Gales del Sur, Australia, dispuso en su anteproyecto de ley, que la inseminación artificial será admitida, siempre que la viuda, una vez fallecido el marido, se haga inseminar de conformidad con el consentimiento que el mismo hubiese prestado expresamente, cuando esto ocurra, se presumirá, para todos los fines legales, que el marido fallecido ha embarazado a su esposa y que él es el padre del hijo resultado del embarazo, siempre que la viuda no haya contraído matrimonio antes del nacimiento del hijo.

El Consejo de Europa, en su proyecto de recomendación hablo sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial:

“ Artículo 11 “ Que no se permitirá la procreación artificial llevada a cabo con semen del marido o compañero difunto “, pero también que “ un Estado podrá permitirla, siempre y cuando se establezcan los derechos de la persona resultado de este nacimiento “.

La doctrina está en contra de la Inseminación Artificial de una mujer con el semen de su marido ya fallecido, que esta es ilícita, aun cuando conste el consentimiento del difunto a que su esperma fuera utilizado con tal fin a su muerte, por dos argumentos ya que el esperma no puede tomarse para el futuro ya que ha de ser necesariamente una decisión actual, ya que debe hacerse desde el momento en que la Inseminación tenga lugar.

En mi punto de vista estoy en contra de este tipo de Inseminación, porque no es posible que una mujer soltera, viuda o divorciada, traiga al mundo a un hijo sin padre, como argumento que los medios de reproducción asistida deben contribuir exclusivamente una técnica terapéutica, es decir que solo pueden acceder a ella los que sufran de esterilidad o infertilidad, por lo tanto la viuda no tiene ningún derecho, ni frente al medico ni a cargo del Estado, para hacerse inseminar.

La Inseminación Artificial Post-Mortem va en contra de las leyes fundamentales, ya que es obligación de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden, da lugar a que venga al mundo un niño sin un padre que haya de cumplir con aquel deber.

La Doctrina de Zannoni y Serrano Alonso, mantienen que no se puede prohibir, que el hijo habido como consecuencia de estas técnicas debe de ser privado de derechos sucesorios. 65

La aceptación legal de este tipo de Inseminación Artificial depende de cada Estado, pero existen principios generales que son reconocidos como mínimos para llevar a cabo una inseminación artificial, el respeto a la voluntad de las parejas afectadas, que con las prácticas y sus consecuencias no se cause daño a nadie, que no se contraríen las prescripciones prohibitivas, ni se contravenga con el total del ordenamiento jurídico y que exista una coherencia entre las normas con la moral y la idiosincrasia comunitaria.

---

65 Soto Lamadrid, Miguel Ángel. " Biogénetica, Filación y Delito ". Edit. Astrea y Depalma. Buenos Aires, Argentinas, 1990.

#### 4.4.4.2 Consecuencias Jurídicas en relación a los hijos.

En caso de que nuestra legislación contemplara este tipo de Inseminación, debemos de señalar que Artículos se pudieran aplicar en nuestra legislación respecto a los hijos, el Código Civil para el Distrito Federal señala lo siguiente:

Art. 324. " Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

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, que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Los hijos nacidos a través de la fecundación post-mortem tienen los mismo derechos que se derivan de la filiación que se les atribuye. En la doctrina Vidal Martínez señala que para evitar las apetencias sucesorias o el capricho o la arbitrariedad del usuario de esta técnica o de su cónyuge fallecido que expresó su última voluntad en este sentido, pueda determinar el nacimiento de un niño cuando quizás la herencia del padre ya está repartida.

Forma en que se deberá impugnar la paternidad:

Art. 333 del Código Civil para el Distrito Federal:

" Los herederos del cónyuge varón pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda. En los demás casos, **si el cónyuge ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil**, los herederos tendrán para interponer la demanda sesenta días ( sic ) contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia "

Los derechos que nacen de este tipo de Inseminación, si existió consentimiento se considera hijo de matrimonio, tendrá un parentesco por consanguinidad, pero tendrá una limitante en lo que respecta a la sucesión que el Código Civil del Distrito Federal señala lo siguiente:

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

Artículo 337. Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

Artículo 1368. El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

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

Pero esta acción sólo se podrá ejercitar al momento en que se abra la sucesión, por lo tanto ya que la inseminación como verdadera concepción se produce después del fallecimiento no procede.

#### **4.5 Inseminación de un donante anónimo.**

Martínez Val, citado por Sanquino sostiene que " La fecundación por donador ", aunque se realice con consentimiento del marido, atenta contra la unidad del matrimonio y viola las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos, insita en el matrimonio, esa mutua y exclusiva posesión no es meramente la carnal, sino que atiende a las consecuencias naturales que de la misma pueden derivarse.

Gafo, sostiene que esta forma de reproducción, suscita mayores problemas, ya que se suscitan consecuencias psicológicas negativas, que van del complejo de inferioridad del varón, que interpreta su esterilidad como una falta de virilidad, dificultades en la relación del padre con el hijo, ya que éste será un recuerdo permanente de su inferioridad, repercusión y dificultades de la vida de la pareja, inadecuada relación madre-hijo por su carácter posesivo, por querer el hijo por sí misma y no para la pareja.

Los donantes deberán tener más de 18 años y plena capacidad de obrar, su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo reglamentario, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas y la ausencia de enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles.

La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida y se deberá garantizar que el donante tenga la máxima similitud fenotípica, inmunológica y de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

La donación sólo será revocable cuando el donante precise para sí los gametos donados, si se ha producido en él una infertilidad sobrevenida, los gastos de todo tipo generados en el centro receptor en caso de revocación serán reintegrados por el donante.

La donación será anónima, custodiándose los datos de identificación del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos de gametos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener una información general de los donantes que no incluya su identidad, sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias, podrá revelarse la identidad del donante, aunque siempre con carácter restringido.

La donación de gametos es generalmente un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado, ya que el donante no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la inseminación artificial.

La legislación mexicana actual no regula la donación del semen, de manera que el anonimato del donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo tanto, los contratos no pueden contravenir a lo dispuesto.

El tipo de Inseminación que se da es la de " Inseminación Heteróloga o Extraconyugal " se realiza, por lo general, con semen de otro por esterilidad del marido, pero también se puede dar cuando se dé por esterilidad en la mujer por ausencia de óvulos.

Cuando se da por esterilidad de la mujer, se realiza la fecundación del óvulo de una donante se materializa con el esperma del marido y el embrión resultante se transfiere a la esposa, que lleva a cabo la gestación y el hijo habido será biológicamente del marido y con relación a la esposa, será hijo legal pero no genético.

#### **4.5.1 Antecedentes de leyes regulatorias de la inseminación por donante anónimo.**

El primer problema legal que surgió públicamente del empleo de la nueva tecnología provino del uso de la inseminación artificial heteróloga y consistió en ser calificada de adulterio.

Los hechos tuvieron lugar en Canadá, al resolverse en juicio una demanda de divorcio instaurada por un marido que se ofendió al enterarse de que su mujer había sido inseminada con semen de un tercero desconocido, dando luz a un niño cuya manutención le era reclamada por la cónyuge. El caso fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Ontario, accediendo a la disolución del vínculo matrimonial en el año de 1921 por haber cometido la mujer adulterio.

El Razonamiento de la Corte fue el siguiente:

“ La esencia del adulterio radica, no precisamente en la ofensa que implica el hecho del acto sexual de un cónyuge con un tercero, sino en el rendimiento voluntario de sus poderes o facultades de reproducción a un extraña a la pareja, cualquier sumisión de esos poderes al servicio o placer de otra persona distinta del cónyuge, entra en la definición de adulterio, por la posibilidad de introducir sangre extraña a su estirpe “. <sup>66</sup>

Al decir del tribunal, la ofensa del adulterio no consistía precisamente en la inmoralidad del acto sexual con un tercero sino por ser oportunidad para que sangre extraña, espuria, entre a la estirpe familiar y la adúltere.

La Ley de Reproducción Asistida Española en su Artículo 5-1, establece que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas en esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto, concertado entre donante y el centro autorizado.

La Ley de Reproducción Asistida española en su Artículo 5-3, establece que la “ donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial “.

La Ley de Reproducción Asistida Española en su Artículo 8-1 señala “ Que si una mujer se somete a estos procedimientos para obtener un hijo con el consentimiento de su marido, éste, que ha prestado su consentimiento antes de producirse la concepción del nuevo ser no puede después impugnar esa paternidad “.

En Italia, en las décadas de los cuarenta y a finales de los cincuenta, consideró que las mujeres que permitieran prácticas inseminatorias con su cuerpo, con semen que total o parcialmente no fuera de su esposo, serían responsables de un delito.

---

*66 Orford Vs Orford. Primer juicio en América que tuvo por materia un caso de inseminación artificial heteróloga (por donador). Tuvo lugar en la provincia de Ontario, Canadá en el año de 1921. La mujer recurrió a un donador anónimo para superar su esterilidad cuando el marido se negó a pagar el tratamiento.*

En el año de 1954, con motivo de un juicio DOORNBOS VS DOORNBOS ventilado en el condado de Cook, Estado de Illinois, Estados Unidos de Norteamérica, la Corte sentenció: " Un niño así concebido ( mediante inseminación artificial por donados ), con o sin el consentimiento del marido, no es fruto del matrimonio y por lo tanto debe considerársele ilegítimo, como hijo de la madre que lo dio a luz y de un padre desconocido, que carece de interés y derechos sobre él ". 67

El proyecto de Código Penal de 1958 establecía castigo de prisión tanto a la mujer que se sometía a las prácticas inseminatorias, como para el marido que las consentía, pero también para el donador del semen y para aquellos que practicasen la inseminación, este constaba de un solo artículo propuesto por Giuseppe Gonella, que decía: " la mujer que permita la realización de prácticas inseminatorias sobre su persona, con semen total o parcialmente distinto al del marido, será castigada con reclusión hasta un año ".

Con la misma pena será castigado el marido que haya consentido, así como también el tercero aportador del semen y cualquier otra persona que realice sobre la mujer casada, actos idóneos de inseminación artificial.

En el año de 1958, la Court of Session of Scotland ( Reino Unido ) sostuvo un criterio cuando una mujer es inseminada por semen de un donador y fue el siguiente:

" El adulterio requiere la presencia física de dos persona involucradas en un acto sexual y que éste sea consumado, aunque no tuviera lugar la impregnación seminal, de tal manera que la sola impregnación por medios distintos del acto sexual, aun sin el consentimiento del esposo no puede ser calificado de adulterio ". 68

Esta Corte, a diferencia de la canadiense, confirió al acto sexual la categoría de elemento esencial del adulterio, haya o no impregnación, se aduldere o no la estirpe de la familia de que forma parte la mujer, sin acto sexual, no hay adulterio, de donde la inseminación artificial de la mujer por medios distintos del coito, no configura el tipo delictuoso.

En Italia, en 1959, se presentó un proyecto avalado por Riccio, Russo y Funzio, que castigaba todo tipo de Inseminación, con el siguiente articulado:

Artículo 1º. " La mujer casada que permita sobre sí la inseminación artificial heteróloga, aunque haya existido el consentimiento del marido, será castigada con reclusión de tres meses a tres años ".

---

67 *Brigman Young University Law Review, Artificial Insemination, 1982, p 933 y s.*

68 *MacLennan vs. MacLennan. Después de un año de separación de la pareja la mujer dio a luz a un niño. El marido pidió el divorcio fundado en la causal de adulterio de la cónyuge; la mujer se defendió diciendo que el hijo era el resultado de haber sido inseminada artificialmente con semen de un tercero, sin el consentimiento del esposo ".*

**Artículo 2º.** “ La mujer soltera que permita sobre sí la inseminación artificial será castigada con reclusión de seis meses a tres años “.

**Artículo 3º.** “ El que realice prácticas inseminatorias sobre mujer, aun con su consentimiento, será castigado con reclusión de tres meses a tres años. La misma pena se aplicará al marido que haya consentido la inseminación heteróloga de su esposa “.

**Artículo 4º.** “ Los cónyuges que soliciten y permitan la inseminación artificial homóloga, serán castigados con reclusión de tres a seis meses “.

**Artículo 5º.** “ El marido puede desconocer el hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación artificial heteróloga.

Para Chiaroti, el adulterio no se concreta solamente a la lesión que se causa al honor del marido, sino de modo fundamental, en el interés social de la certeza social de la descendencia.<sup>69</sup>

Una de las piezas legislativas de carácter penal que mayor influencia tuvo en la década de los años sesenta, fue el proyecto Alemán de Código Penal de 1962, el que asimilaba la práctica de la Inseminación Artificial Heteróloga al adulterio, negando trascendencia al consentimiento de los interesados.

El proyecto de referencia, disponía en su Artículo 203, bajo el rubro “ Delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas “.

- 1) El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial, será castigado con prisión hasta por tres años.
- 2) La mujer que permitiere sobre sí misma una inseminación artificial, será castigada con prisión hasta de dos años o con arresto.
- 3) Los párrafos 1 y 2 no serán aplicables cuando el médico, con consentimiento de ambos cónyuges, insemine con semen del marido a la mujer.
- 4) Si el hecho del párrafo 1 fuere ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será superior a seis años.

Comenta Hans Lüttger que para evitar que la inseminación artificial afectara la dignidad de la especie humana, fue concretada por la Gran Comisión para la Reforma del Derecho Penal, designada por el Ministerio Federal de Justicia, que elaboró un proyecto de ley que fue adoptado más tarde por el Gobierno Federal Alemán.

---

<sup>69</sup> Citado por Cuello Cabón, Eugenio, “ En torno a la inseminación artificial en el campo penal “, Revista Jurídica Veracruzana, Jalapa, Veracruz, t. XII, núm. 3, 1961, pp. 129-145 y 136.

Decían los miembros de la Comisión, que con la Inseminación Artificial Heteróloga, se introduce en el matrimonio una persona ajena, al dador, a través de los elementos hereditarios transmitidos al hijo, por lo que no es raro que se ponga de manifiesto una relación afectiva de la esposa con el dador.

En el IX Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en la Haya en 1964, la iniciativa Alemana chocó con el rechazo total de las delegaciones extranjeras, el Congreso se pronunció por una gran mayoría, en el sentido de que la inseminación heteróloga no debía prohibirse penalmente, salvo el caso de que la intervención tuviera lugar sin el consentimiento de la mujer.

En Alemania, el Proyecto alternativo de 1968, se pronunció enérgicamente contra el delito propuesto por el Gobierno Federal, respecto de la inseminación artificial heteróloga. En 1970 el Congreso Médico Alemán dejó de considerar la inseminación artificial heteróloga contraria a la ética profesional, ya que pusieron de manifiesto que los matrimonios con hijos nacidos por inseminación heteróloga se habían desarrollado armónicamente.

El Informe Warnock recomienda que la inseminación artificial con donante adecuadamente organizada y sujeta a autorización, se ponga a disposición de aquellas parejas infértiles respecto de las cuales puede ser apropiada y señala que los donantes de semen se les pague únicamente los gastos.

El 30 de Junio de 1972, el Tribunal de Segunda Instancia de Niza, emitió una sentencia, a favor de un hombre que había entablado una acción denegando la paternidad, después de que su esposa dio a luz un niño mediante inseminación artificial con donador, negaba haber dado su acuerdo para que su esposa se inseminara; pero su mujer y el centro hospitalario donde se iba a realizar la inseminación sostenían que si había dado su consentimiento.

El Tribunal Francés decidió, sentando jurisprudencia:

“ En principio dijo, la voluntad del marido no juega ningún rol positivo en la filiación de un hijo concebido en el matrimonio, si ésta resulta del solo efecto de la ley.

El Tribunal de Niza, consideró que el marido se había limitado a negar su indudable incapacidad de procrear, por lo tanto, su consentimiento a la inseminación artificial, no representa interés alguno para la solución del conflicto “, por lo que declaró admisible y fundada la acción denegatoria de la paternidad, estableciendo que no era su hijo y por lo tanto no podrá llevar su apellido “, 70

---

70 datos cit. por Clarke, *Los Hijos de la ciencia*, p. 11-112.

El Código Civil Holandés de 1972, señala:

Artículo. 201-I. " No habrá derecho a la acción de impugnación, si el marido ha dado su consentimiento a un acto que pueda tener por consecuencia, la impugnación del hijo, para que el consentimiento de la inseminación artificial de la mujer casada, prestado por el marido, tuviera el efecto de impedirle la acción "

En Canadá se presentó a la Asamblea Legislativa de Quebec en diciembre de 1980, un proyecto de ley señalando " Que cuando un niño ha sido concebido a través de la Inseminación Artificial por el padre o por un tercero con el consentimiento de los esposos, ninguna acción por desconocimiento de paternidad será admisible. 71

En Australia el 20 de Diciembre de 1984, se reformó el Artículo 6 de una Ley Australiana que señala:

Artículo 6. " Debe considerarse padre del hijo, el varón que conviva con la madre, cuando éste haya prestado su consentimiento a la inseminación artificial con donante "

Seis estados de los Estados Unidos que son New York, Kansas, North Carolina, Oklahoma, Georgia y Connecticut, establecen sus leyes que cualquier niño nacido de inseminación artificial heteróloga, realizada con el consentimiento del marido, será considerado como hijo legítimo de los cónyuges.

El Consejo de Europa, a través del Proyecto de Recomendación nº 87 del Comité de Ministros a los Estados Miembros (CAHBI, Estrasburgo, 3 de octubre de 1988 ) en el Principio 9-1, señala que la donación de óvulos, de espermias, de embriones y de cualquier elemento obtenido de éstos no puede dar lugar a ningún beneficio.

Sólo podrán ser reembolsados al donante la pérdida del salario así como los gastos de desplazamiento u otros directamente causados por la donación y en el Principio 9-2 preceptúa que la persona u organismo público o privado que está autorizada debe ceder los gametos con fines de procreación artificial o de investigación y no con objeto de lucro.

---

71 Somerville, Margaret. A., " Birth Technology, parenting and deviance ", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 5, 1982, Pág. 139, citado por Di Cio, Alberto, *La Inseminación Artificial y el derecho de familia*, Ed. De Belgrano, Buenos Aires, 1984, Pág. 28, nota 23.

También señala una recomendación en relación a la filiación:

“ Que si la mujer es casada, el cónyuge será considerado como el padre legítimo y si hubiera dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarle la paternidad del niño por el solo hecho de la procreación artificial y además agrega que ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial, ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o de éste contra el niño “.

La Recomendación 1.100 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ( 1989 ) sobre utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica señala “ la donación de órganos no debe tener ningún carácter mercantil “.

El Código de Familia de Costa Rica vigente señala:

Artículo 72. “ La Inseminación Artificial con semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá similar a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades “.

#### **4.5.2 Inseminación de un donante anónimo con consentimiento del marido.**

Este tipo de Inseminación se utiliza en aquellos supuestos en los que se da una esterilidad por parte del varón sin tener en cuenta las causas que la provocan, el niño concebido será inscrito en el Registro en el momento de su nacimiento como un hijo matrimonial, si se trata de un matrimonio y como un hijo extramatrimonial cuando se trate de una pareja no unida en matrimonio.

Si el marido ha dado su consentimiento para que su esposa sea inseminada con el esperma de un donante, no puede impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.

Cuando la mujer es inseminada artificialmente utilizando semen procedente de un hombre que por hipótesis no va asumir la paternidad del hijo, se está creando una disociación de forma deliberada entre la paternidad biológica y la legal que obviamente no atiende a los intereses del hijo. 72

---

*72 Martínez Calverrada en su estudio citado, se refiere a una discriminación in potencia en el área social ( Págs. 595 y sigs. ), y a una auto discriminación en el área psicológica ( página 598 y sigs ).*

Se señala que los problemas de la inseminación que proviene de un semen de un donante provoca diversos problemas en relación de la paternidad, Vidal Martínez sostiene que la posibilidad de que pueda prevalecer como paternidad jurídica la del varón que simplemente aportó su semen para una inseminación artificial, no parece correcta. 73

Bossert sostiene que cuando el marido ha prestado su consentimiento, puede arrepentirse e impugnar la paternidad del niño en estas condiciones, en el sentido de hacer una interpretación equiparando la inseminación heteróloga al adulterio. 74

La Ley General de Salud de 1984 dispone en la última parte de su Artículo 466:

“ La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge “.

Haciendo una interpretación al Código Civil para el Distrito Federal:

Art. 326. “ No 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 “.

Artículo 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 el uso de los métodos de la fecundación asistida a su cónyuge.

---

73 Vidal Martínez, *La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos*, I.L., 1986-D-1038.

74 Bossert, Gustavo A., *El Régimen de impugnación de la paternidad legítima*, I.L., 1978, Pág. 979 y ss..

El Reglamento de la Ley General de Salud en su Artículo 43 señala:

Art. 43. " Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo del parto, puerperio y lactancia; en nacimiento vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 del Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto.

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 "

Art. 20. " 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 someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna "

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 de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría:

II. Sea 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

VI. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Cuando una mujer se insemine en contra de la voluntad expresa del marido o sin su consentimiento, podrá impugnar la paternidad, en el supuesto de que la esposa sea inseminada con óvulo procedente de un banco y un espermatozoide de donante, en el caso de que sea inseminada con un embrión congelado que no sea de la pareja.

También en el caso de que el esposo obligue a su mujer a ser inseminada en contra de la voluntad de ésta, la mujer podrá impugnar la paternidad.

La Inseminación Artificial heteróloga se caracteriza por la identidad de los donantes debe ser oculta para el marido y para la mujer que ha sido inseminada.

El anonimato es una condición esencial para llevar a cabo este tipo de Inseminación, ya que eso evita la posible responsabilidad del donante y se facilita el camino para que el entorno de la pareja ignore que se ha acudido al procedimiento de la Inseminación Artificial para aparentar que son padres biológicos del niño que ha tenido la esposa.

Zannoni, señala que se debe tipificar como delito toda conducta que implique quebrar el anonimato del dador de semen o de la dadora del óvulo. 75

Se puede pensar que el anonimato en los supuestos de donación de semen, óvulo o embriones, lo que se intenta es buscar la intimidad de los donantes y de los receptores y se da la eliminación de posibles responsabilidades de todas aquellas personas que, de una manera u otra, están implicadas en la fecundación

---

75 Zannoni, Eduardo A., *Inseminación Artificial y fecundación extruterina*, Buenos Aires, Astrea, 1978, Pág. 124.

#### 4.6 Situación legal del aportador del semen.

El donador del semen para uso en la inseminación artificial es universalmente exonerado de cualquier responsabilidad legal con respecto al destino que el médico y sus pacientes den a sus gametos germinales, se le equipara a un donador de sangre que ignora el destino que se dará al fluido donado, siempre y cuando el que lo done no estipule que posteriormente hará uso para que su futura pareja desee inseminarse.

El aportador del semen puede provenir de un donante o del propio esposo.

Su identidad ha motivado opiniones divergentes, hay algunos que señalan que se debe de permitir la identificación, como derecho que tiene un niño a conocer su identidad histórica y su origen genético y otros que están en contra de que se de a conocer quién fue el progenitor genético del nuevo miembro de la familia.

El 18 de abril de 1976, el The New York Times Magazine Lilian Atallah publicó:

“ Que cuando su padres resolvieron poner fin a su matrimonio, ellos le dieron a saber un secreto familiar, que tanto su hermana y ella habían sido concebidas mediante la inseminación artificial de su mamá con semen de un donador anónimo .

Al principio se mostró incrédula que sus padres árabes de arraigada tradiciones familiares hubiesen optado por algo tan radical, pero posteriormente ella reflexiono y justifica la decisión de sus padres ya que en la cultura árabe no había peor estigma que la incapacidad para procrear, en tales casos las mujeres infértiles son objeto de lástima lo mismo que sus maridos quienes tuvieron la mala fortuna de adquirir mercancía dañada, rara vez se atribuye al hombre la causa del problema.

Adoptar un niño en tales condiciones era tanto como revelar la incapacidad pro creativa de la pareja, exponiéndose a la reacción de una comunidad donde la imagen suele serlo todo “.

En las legislaciones existen diversos tipos de criterios para determinar los casos en que una persona aporte el semen ya sea este como donante o como esposo de la cónyuge que desea inseminarse.

El primer criterio que debemos de seguir es en el sentido de que tipo de inseminación estamos hablando, ya sea Inseminación Artificial Homóloga con sus diferentes clases que son:

##### 1) Inseminación Artificial Homóloga.

- a) Inseminación dentro del matrimonio ( con consentimiento y sin consentimiento ).
- b) Inseminación después de haberse disuelto el matrimonio ( con consentimiento y sin consentimiento )
- c) Inseminación Post-Mortem ( con consentimiento y sin consentimiento )

II) Inseminación Hetérologa en sus diferentes clases:

- a) Inseminación dentro del matrimonio ( con consentimiento y sin consentimiento ).
- b) Inseminación después de haberse disuelto el matrimonio ( con consentimiento y sin consentimiento )
- c) Inseminación Post-Mortem ( con consentimiento y sin consentimiento )

De aquí en adelante realizaremos el análisis de manera minuciosa:

El aportador del semen puede ser el propio cónyuge o un donante anónimo, analizaremos como se debe de llevar a cabo cuando la aportación del semen es un donante.

Los donantes deberán tener más de 18 años y plena capacidad de obrar, su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo reglamentario, que tendrá carácter general e incluirá las características fenotípicas y la ausencia de enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles.

La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida y se deberá garantizar que el donante tenga la máxima similitud fenotípica, inmunológica y de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

La donación sólo será revocable cuando el donante precise para sí los gametos donados, si se ha producido en él una infertilidad sobrevenida, los gastos de todo tipo generados en el centro receptor en caso de revocación serán reintegrados por el donante.

La donación será anónima, custodiándose los datos de identificación del donante en el más estricto secreto y en los bancos de gametos respectivos y en el Registro Nacional de donantes.

La Ley General de Salud, regula la forma en que se debe llevar a cabo la donación:

Art. 313. " Compete a la Secretaria de Salud:

I. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos, células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado Centro Nacional de Trasplantes; y

II. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.

Art. 314. Da una definición de:

**I. Células Germinales a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión:**

II...

III..

IV...

V...

VI...

VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes.

VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana estacional;

IX....

X...

XI...

XII....

XIII...

XIV...

**Artículo. 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.**

Artículo 322. La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En 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.

Artículo 323. Se requerirá el consentimiento expreso:

I. Para la donación de órganos y tejidos en vida;

II. Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas.

Artículo 326. El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

I. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido;

II. El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

Artículo 327. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de estos 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.

**Inseminación Artificial dentro del matrimonio, cuando hubo consentimiento del cónyuge y el aportador del semen es el mismo esposo;**

Este supuesto no presenta ningún problema, ya que su filiación es matrimonial de conformidad con el Código Civil del Distrito Federal que señala lo siguiente:

Artículo 162. “ Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente “.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de fecundación asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo. 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio:
- II...

Artículo. 326. No podrá impugnar la paternidad de los hijos durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Artículo 293. 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 fecundación asistida y de quienes la consientan.**

Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tienen 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 fija la ley;
- IV. Los demás que se deriven de la filiación.

El Reglamento de Investigación, de la Ley General de Salud legisla de que manera se deberá expresar el consentimiento:

El Artículo 43. “ Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo del parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fecundación asistida, se requiere

**obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado por los Artículos 21 y 22 de este mismo 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.

Artículo 49. “ La carta de consentimiento informado para investigaciones durante el trabajo de parto, deberá obtenerse de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21, 22 y 43 de este Reglamento, antes de que aquél inicie y debiendo señalar expresamente que el consentimiento puede ser retirado en cualquier momento del trabajo de parto.

Artículo. 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 firmara 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.

Artículo 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 de 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 el 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;

XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

**Inseminación Artificial Homóloga y Heteróloga dentro del matrimonio, sin consentimiento del cónyuge y el mismo es aportador del semen:**

La inseminación artificial normalmente debe ser por acuerdo entre los cónyuges:

Analizando esta posibilidad, decía Pantaleón Prieto que “ realizada sin el consentimiento eficaz del marido, utilizando su esperma, esta inseminación sería ilícita “.

Por la falta de dicho consentimiento, no impide que el marido sea el verdadero padre legal de la criatura, fruto de la inseminación.

En caso de que el marido no haya dado su consentimiento, el Código Civil para el Distrito Federal le da estas opciones para dar solución su falta de consentimiento.

El actual Código Civil Vigente para el Distrito Federal, señala una nueva causal de divorcio:

Art. 267. Son causales de divorcio:

XX. “ El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge “.

Artículo 326. “ Haciendo una interpretación a contrario sensu al mismo, se podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si no hubo consentimiento expreso en tales métodos “.

Artículo 330. “ Esta acción el cónyuge varón podrá impugnar la paternidad, en el término de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento “.

La Ley General de Salud expresa lo siguiente:

Artículo 466. Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación, si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

**b) Inseminación Artificial Homóloga y Heteróloga después de la disolución del matrimonio, cuando se utilizo semen del cónyuge y dio su consentimiento.**

Esto se daría cuando el esposo decide depositar su esperma en un banco para poder hacer uso de él, ya sea porque ha optado hacerse la vasectomía o bien por si muere y su esposa decide tener un nuevo hijo fruto de la pareja o también cuando fallezca alguno de ellos.

Si la disolución se da por divorcio, será considerado hijo fuera de matrimonio y el padre legal será el excónyuge que dio su consentimiento para la inseminación, esto en relación con el Código Civil del Distrito Federal:

Artículo 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 exconyuge consintió expresamente el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Si la Inseminación no se da con el consentimiento del excónyuge y la esposa contrae nuevo matrimonio:

Haciendo una interpretación a contrario sensu del:

**Artículo 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; esta acción prosperará, si el exconyuge no consintió expresamente el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge”.**

c) Si la Inseminación es post-mortem y si el esposo dio su consentimiento:

En nuestro punto de vista y conforme al Código Civil del Distrito Federal:

La manera en que el excónyuge debe de reconocer un hijo y lo debe de realizar de la manera siguiente, conforme al:

**Artículo 369. El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por 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.**

**V. Por confesión judicial directa y expresa.**

**Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:**

**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.**

Si se da este tipo de Inseminación y el cónyuge no dio su consentimiento:

Si el hijo no nace se estará a lo dispuesto por el Código Civil del Distrito Federal:

**Artículo 337.** Para los efectos legales, sólo 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 algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

**Artículo 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; esta acción prosperará, si el exconyuge no consintió expresamente el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

**Artículo 333.** “Los herederos del cónyuge varón podrán impugnar la paternidad.

Pero si el cónyuge no la interpuso dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda sesenta días ( sic ) contados desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia”.

#### **4.7 Situación legal de la Madre Sustituta.**

Últimamente se ha comenzado a ponerse en práctica un nuevo sistema de Inseminación Artificial para ser aplicado cuando la esposa es estéril o bien tiene dificultad para llevar con éxito la gestación; mediante este procedimiento una tercera mujer extraña al matrimonio es inseminada con el semen del esposo de la mujer que “ encarga “ el niño, con la condición de que cuando se produzca el nacimiento, el hijo se ha de entregar al marido ( que es el padre biológico ) y a su esposa.

Normalmente el estudio de la maternidad subrogada, se da muchas veces por la infertilidad femenina, que no es capaz de fecundar por su propia cuenta, ya sea por las causas que numeramos:

- a) Endocrinas: Son los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, la perturbación de las glándulas suprarrenales.
- b) Procesos Toxicoinfecciosos: Son el alcoholismo, drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.
- c) Uterinas: Se dan por malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias.
- d) Inmunológicas; Porque los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoinplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.

La cesión de útero presenta una dificultad fundamental y da lugar a un enfrentamiento entre la madre legal, que es la madre gestadora y la madre genética, que es la donante del óvulo.

Estas son las modalidades que pueden darse en la maternidad subrogada:

- 1) En el primer supuesto podría ser cuando el óvulo y el espermatozoide proceden de la pareja que “ encarga el niño “ y una mujer “ presta su útero “ para llevar en su vientre el niño hasta su nacimiento. En este supuesto tendríamos: maternidad y paternidad genética de la pareja y maternidad biológica y legal de la madre portadora.
- 2) Cuando el óvulo y espermatozoide proceden de una donación anónima y se presta el útero por una tercera mujer. En este caso tenemos que la maternidad y la paternidad genética es desconocida, existirá una madre biológica y legal que es la que presta el útero.
- 3) Óvulo y espermatozoide de donantes, siendo el óvulo de la mujer que presta el útero, en este supuesto sería: padre anónimo y madre genética, biológica y legal la que presta el útero.
- 4) En el supuesto de que el espermatozoide proceda de la pareja y el óvulo de la mujer portadora: el padre biológico es conocido, es el miembro de la pareja solicitante y la madre sería genética, biológica y legal, la portadora.
- 5) Que el óvulo proceda de la pareja y el espermatozoide de un donante: el hijo sería de padre desconocido y madre genética la de la pareja solicitante y madre biológica y legal la que da a luz.

Actualmente las legislaciones de los países latinoamericanos, señalan que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

En ciertos casos se podrá impugnar la maternidad y paternidad en relación al hijo y la forma en que se debe de inscribir ya sea como hijo matrimonial o extramatrimonial.

#### **4.7.1 Antecedentes de la maternidad subrogada.**

Algunas frases del Génesis sirven de reclamo publicitario a ciertas agencias americanas que ofertan "vientres de alquiler" Sarah, la mujer de Abraham, no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Hagar. Y Sarah le dijo a Abraham: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizá la suerte de tener un hijo por ella.. Y Hagar dio a un hijo a Abraham y Abraham lo llamó Ismael. <sup>76</sup>

Este tipo de maternidad surgió en los Estados Unidos de América en 1975, con un anuncio aparecido en un periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente, a la demanda de una pareja infecunda y mediante remuneración.

El 15 de Noviembre de 1980, se reporta el primer caso de subrogación de vientre o maternidad subrogada, cuando una mujer contratada para embarazarse con el semen del esposo de una pareja estéril, da a luz y lo entrega a su progenitor natural en Louisvielle, Kentucky, para que su cónyuge lo adopte.

Ha sido en EE.UU. Donde esta práctica de la *subrogate mothers*, ha cobrado cierto auge, existiendo organizaciones que actúan como intermediarias, fenómeno que recientemente ha encontrado imitadores, también en otros países del mundo occidental.

En Knoxville, Tennessee en 1980, Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. " fue un regalo de amor ", declaró a la prensa la madre subrogada. <sup>77</sup>

Es el caso conocido como " Baby M ", decidido por un Tribunal de Primera Instancia de Nueva Jersey y después en apelación por el Tribunal Supremo de dicho Estado, se dijo en la primera instancia en la que se reconoce la obligatoriedad del Contrato de Subrogación, que " a pesar de que el contrato de maternidad suplente se haya suscrito, la sustituta puede, sin embargo, renunciar y dar por terminado el contrato hasta antes del momento de la concepción, estaría entonces sometida a satisfacer los daños monetarios que se le pudieran probar, ya que no puede el hombre a quien se le hizo la promesa, exigir el cumplimiento específico de que se lleve a cabo la concepción, gestación y nacimiento de la criatura.

---

<sup>76</sup> Clarke, R.: *Les enfants de la science* ( paris, Stock, 1984 ), p. 111.

<sup>77</sup> *The New York times*, diciembre 11 de 1980

También dijo el Tribunal de la Primera Instancia que, después de la concepción del niño, tan sólo la madre subrogada tiene derecho a decidir, con exclusión del donante de semen, si aborta el feto, admitiendo que sólo la mujer tiene el derecho, constitucionalmente protegido, a determinar la manera en la cual su cuerpo y su persona pueden ser utilizados. El contrato de maternidad subrogada no reconoce este hecho, dice la sentencia que prohíbe el aborto.

Un Juez de Nueva Jersey atribuyó la custodia de un niño al padre biológico, demandante frente a la madre que se había sometido a la inseminación artificial, mediante un contrato oneroso. 78

Señalaron que si el embarazo culmina con el nacimiento de la criatura, la solución se divide, ya que una cosa es exigir el cumplimiento del contrato, es decir, la entrega del niño y otra el entablar una acción de filiación que tiene, a su vez sus propios matices, ya que no es lo mismo que una pareja infértil haya aportado el embrión, transferido posteriormente al útero de la mujer gestadora a que la subrogada sea la madre genética, por haber aportado además del vientre el óvulo fecundado por Inseminación Heteróloga, como ocurrió en el caso " Baby M ".

La función de gestar para otros, puede hoy llevarse a cabo, no sólo utilizando los gametos del varón, los de la mujer que asumirá las funciones de madre, bien por imposibilidad física de serlo en la realidad o tal vez por el simple deseo de eludir los inconvenientes o el peligro, que para ella pudiera suponer el embarazo.

Hay importantes diferencias en el desarrollo de esta práctica, según se trate de inseminación artificial o se recurra a la Fecundación In- Vitro. El empleo de la Fecundación In- Vitro para estos fines, es rechazado por la ética médica. Sucede lo mismo con la inseminación artificial orientada a la consecución de estos efectos, pero al tener esta técnica un carácter médico mucho más restringido y al resultar mucho más fácil de llevar a cabo, sus posibilidades de utilización son más amplias. 79

---

78 La noticia que llegó a nosotros primeramente a través de un periódico diario ( las provincias, 2 de abril de 1987 ), señalaba que la sentencia no creaba jurisprudencia, pero establecía una pauta. Y que el juez había respaldado el contrato atendiendo al interés del niño.

Se ocupa de este mismo caso, aireado por la prensa americana, ya antes de la sentencia ( Baby M ), P.F. Silva Ruiz, en su comunicación al Congreso Hispanoamericano de Derecho de familia ( El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler, Tapia, octubre 1987 ). Luego, en su comunicación al II Congreso Mundial vasco: " Panorámica general de la fecundación humana asistida ( inseminación artificial, fertilización In- Vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada ) en los Estados Unidos; P.F. SILVA RUIZ proporciona amplia información sobre los extremos de la Sentencia del Tribunal de Instancia de Nueva Jersey, fallando la demanda de los esposos Stern frente a los Whitehead ( publicada en el family law reporter, 13 FLR 2001, 7 de abril de 1987). De los fundamentos de la sentencia transcritos por SILVA RUIZ, se infiere, que hubo contrato válido al entender del Tribunal, pues " Si las promesas mutuas no fueron suficientes, sí hubo consideración cuando el hombre dio su semen y la mujer su óvulo en un esfuerzo planificado por crear un niño. No puede el hombre a quien se hizo la promesa exigir su cumplimiento específico ( pero ) una vez producida la concepción, los derechos de las partes quedan fijados ". En la prensa diaria ( Las Provincias, 5 de Febrero de 1988) que el Tribunal Supremo de Nueva Jersey ha revocado la anterior decisión, anulando el contrato de 10.000 dólares entre los esposos Stern y Whitehead. El Tribunal Supremo de ese Estado americano considera ilegal el alquiler de madres, pero devolvió la niña al matrimonio demandante, alegando diversas razones por las que los stern podían proporcionar un mejor hogar a la pequeña.

79 Como señalara el profesor ADORNO ( El Derecho, frente a los modernos métodos de procreación. Experiencia Argentina y latinoamericana, Zeus, 7 de junio de 1985 ), estas prácticas pueden conducir a una sociedad indeseable, a poco que el egotismo latente en todo ser humano, aflore en la mujer que, por la pertenencia de unos medios económicos, decida eximirse de las cargas de la maternidad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En Francia se han dado desde 1982 ejemplos conocidos de esta práctica de la maternidad de sustitución, ampliamente aireados por ciertos sectores de la prensa, que en ocasiones parece, que los ha querido presentar como muestra de solidaridad, como el caso conocido en que una mujer gestó un hijo para su hermana.

En los EE.UU. De Norte América, se práctica el " alquiler de útero " que es muy frecuente, lugar donde opera la agencia " subrogate Parenting asociación ", con sede en los Ángeles, su director Bill Handel, la operación se reduce a un simple contrato de 30.000 dólares para comprar un bebé.

La mujer alquilada para la gestación recibe 12.000 dólares, y el resto se reparte entre la agencia, el abogado que elabora el contrato y la clínica que dirige la gestación.

En los Estados Unidos el 10 de Enero de 1983 nació en la localidad de Lansing (Estado de Michigan), un niño microcefálico, dado a luz por una mujer sustituta ( Judy Stiver ) que había sido inseminada artificialmente.

La mujer alegó que el bebé " pertenecía " a un tal Alexander Malahoff, quien la había contratado y le había prometido diez mil dólares " con la entrega de la criatura ", en un principio Malahoff aceptó el niño deforme, pero poco después lo rechazó y lo devolvió a su madre, alegando no ser el padre de la criatura.

Esta práctica no es desconocida en Europa pero en la actualidad ha encontrado aquí una fuerte oposición, así en 1984 un Tribunal Inglés accedió finalmente a que una mujer entregase el hijo que se había comprometido a gestar para otros por razones económicas, pero posteriormente la ley del 16 Julio de 1985 trataría de evitar que en el futuro, intermediarios remunerados, promuevan este tipo de prácticas en el Reino Unido.

El Consejo de Europa que se reunió en Estrasburgo en Febrero de 1987, señalaron que la fecundación en una madre de sustitución podría autorizarse:

- a) Si la madre subrogada no obtiene ninguna ventaja material de la operación.
- b) Si la madre de sustitución puede optar por quedarse con la guarda del niño al nacer.

En estos últimos tiempos ha comenzado a ponerse en práctica un nuevo sistema de inseminación artificial para ser aplicado cuando la esposa es estéril o bien tiene dificultad para llevar con éxito la gestación, mediante este procedimiento una tercera mujer extraña al matrimonio es inseminada con el semen del esposo de la mujer que " encarga " el niño, con la condición de que cuando se produzca el nacimiento, el hijo se ha de entregar al esposo ( que es el padre biológico ) y a su esposa.

La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.

Se debe realizar un estudio cuando se presenta la situación que se presenta cuando una mujer extraña al matrimonio se presta para que le sea implantado un óvulo fecundado o se le insemine con elementos del marido.

Las "madres de alquiler", suponen un serio obstáculo al mantenimiento de la mujer gestante como la madre legal, se solicita cuando una mujer no puede gestar y solicita su ayuda para poder tener un hijo al que considerará legalmente como suyo.

El planteamiento actual está basado en la libre decisión de la mujer que se presta a gestar un hijo que no considera como propio.

Como se trata en estos casos de un proceso biológico de gestación y nacimiento que se hace por una tercera persona extraña a los consortes, la solución que parece más aconsejable es tratarlos en forma semejante a la adopción, aun cuando el hijo tenga el elemento del padre.

Rubellin Devichi ha llegado a comparar, el acuerdo con los contratos de prostitución, ya que se alquila una parte del cuerpo, la diferencia es que todo el organismo es el que se pone a disposición en el embarazo. <sup>80</sup>

#### **4.7.2 Países que han regulado la maternidad subrogada.**

El primer Estado en regular en forma específica la inseminación artificial fue Suecia, por Ley 198/1.140, de 20 diciembre de 1984 y que entró en vigor el 1 de marzo de 1985.

La Ley Sueca no permite el nacimiento de hijos por medio de la maternidad subrogada cuando hay de por medio remuneración económica.

El requisito que impone la Ley para que el procedimiento sea válido es que la mujer estéril adopte el niño de la persona que lo ha dado luz, ya que el Derecho Civil Suco no permite la adopción cuando existe retribución económica, no se permite el comercio para obtener hijos. por otro lado, se prohíbe la "maternidad prestada", cuando hay compensación económica. <sup>81</sup>

La propuesta italiana del 28 de marzo de 1985, rechaza la gestación de otro.

Por el contrario, la proposición de Ley, Cámara de los Diputados -IX Legislatura - ( Boletín Nº 3.749 ), de 9 mayo de 1986 sobre " Regulación de la Fecundación Artificial Humana ", en su Artículo 4 dice:

---

<sup>80</sup> Rubellin Devichi, J.: *La Gestación pour le compte d' autrui*, D. 1985, *Clron*. 147, p. 153.

<sup>81</sup> Ewerfoll, Goran. " *La legislación sueca sobre Inseminación Artificial* ", *Ec. Médica*, t. 5, 1986, 7-13 de febrero, *min.* 175, Pág. 94.

“ El estado civil de las personas, será madre legal la mujer que ha dado a luz al hijo, aunque haya sido fecundada o implantada a resultas de un procedimiento no natural, será padre legítimo el marido o el compañero que ha prestado su consentimiento a la inseminación homóloga, heteróloga o in Vitro u otro método instrumental “.

La doctrina Italiana no se pronuncia sobre si se ha de aceptar o no la maternidad por sustitución y en el caso de llevarse a cabo ésta, también la doctrina es discrepante en cuanto a quién es la madre legal del hijo habido a través de la maternidad por sustitución.

Se debe considerar que la madre es aquella que ha contribuido con un óvulo y que aporta el deseo psicológico de ser madre, la maternidad debe ser atribuida a aquella que ha dado luz, porque la relación que ha existido en el periodo de la gestación entre la mujer embarazada y el hijo es muy superior a la mera contribución biológica.

Tampoco existe en la doctrina italiana la licitud o ilicitud y el alcance del contrato por el que la madre portadora cede los derechos del hijo que ha dado luz a favor de la madre biológica o de la que encarga simplemente el niño.

Para unos este tipo de contratos es ilícito y carece de validez, mientras otro, sería un contrato totalmente válido y del cual se va a derivar la renuncia de un hijo que genéticamente no es suyo, sino que entienden que el hijo será de la pareja deseosa de tener el hijo y especialmente si esa pareja ha aportado el óvulo y el semen correspondiente.

Lanzillo se pronuncia favorablemente a la gestación por cuenta de otro, siempre y cuando se le pusiera un límite de gestaciones y que en el contrato se estableciese una cláusula de gratuidad. <sup>82</sup>

El Consejo de Europa ha dictaminado en un Proyecto de 17 octubre de 1984, dos alternativas:

- 1) Negación absoluta de la Fecundación in Vitro de la maternidad por subrogación.
- 2) Posibilidad de admitirla siempre y cuando sea totalmente gratuita, pero con la condición de que la gestante pueda quedarse con el hijo y cualquier acuerdo entre las partes será nulo de pleno derecho.

El Proyecto de Recomendación del CAHBI N° R de 3 octubre de 1988 establece:

#### IV. Madres de sustitución: Principio 15:

1.º. Ningún médico o establecimiento debe de utilizar las técnicas de procreación artificial para la concepción de un hijo que será gestado por una madre de sustitución.

---

<sup>82</sup> Lanzillo, R., " Fecondazione Artificiale ". *Localazione di utero, diritto dell'embrione, corriere juridico*, núm. 6, 1984, Págs. 635 y ss.

2.º No podrá ser invocado en derecho ningún contrato o acuerdo entre una madre de sustitución y la persona o la pareja por cuenta de las cuales o de la cual un niño es gestado.

3.º Cualquier actividad intermediaria por encargo de las personas concernidas por una maternidad de sustitución debe ser prohibida, así como cualquier forma de publicidad que esté relacionada.

4.º- En casos excepcionales fijados por su derecho nacional, los Estados pueden prever, sin hacer excepción al párrafo del presente principio, que un médico o un establecimiento podrá proceder a la fecundación de una madre de sustitución, utilizando las técnicas de procreación artificial con la condición de que:

a) La madre de sustitución no tenga ninguna ventaja material de la operación.

b) Que la madre de sustitución pueda decidir, el nacimiento y no ceder al hijo.

En el Reino Unido y en Irlanda del Norte se ha aprobado recientemente una ley en la que se prohíbe llevar a cabo comercialmente el arrendamiento de madres, incluso penando la publicidad y la gestación, además tratarían de evitar que en el futuro, intermediarios remunerados promuevan ese tipo de prácticas.

En Gran Bretaña el Informe Warnock de Junio de 1984, señala que existe una laguna legal, y por tanto, no es perseguida la maternidad por subrogación, pero debe de legislarse y considerarla como un delito cuando se realiza por dinero. <sup>83</sup>

En Francia La Proposición de Ley del 18 mayo de 1984, no menciona la maternidad por sustitución, por lo que hay que entender que también se puede convertir en una laguna legal.

Existe desde Julio de 1983, L.A.N.I.A.S ( Association Nationale pour l' Insemination Artificielle par Substitution ) y desde octubre de 1983 la Asociación " Meres d'Acueil " ( madres de acogida, con sede en Marsella y presidida por el Dr. Sacha Geller, conocido por remunerar las donaciones de espermias ).

Esta asociación fue creada con la intención de inseminar a mujeres deseadas de alquilar su útero, en beneficio de parejas cuya mujer fuese estéril.

El primer caso de alquiler de útero en Francia ha sido llevada a cabo por el Dr. Geller con Patricia, quisieron simular su negocio con unas declaraciones a la prensa " se trata de responder al desamparo de una pareja estéril a punto en esos momentos de suicidarse ". La Secretaria de Estado para la Sanidad indicó que dichas asociaciones de " madres acogida " son ilegales. <sup>84</sup>

<sup>83</sup> Informe Warnock, recomendación 57: " Deberá introducirse la legislación que haga criminal la creación o explotación de agencias entre cuyas actividades se encuentren el reclutamiento de mujeres para un embarazo por subrogación o adoptar disposiciones para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre gestante, esa legislación deberá resultar lo suficientemente amplia como para poder incluir organizaciones benéficas, así como las que persigan fines de lucro "

<sup>84</sup> Valmeña, J.A., " Alquiler de útero ", *Jano*, 644, 28, 1985.



En Alemania en su proyecto de 1985 también se opone a esta clase de maternidad, pero este proyecto tiene un claro antecedente en el proyecto gubernativo del Código Penal de 1962. <sup>85</sup>

Bill Handel visitó Londres, para promocionar su negocio, el primer caso en el Reino Unido de un niño nacido de una maternidad subrogada, según la Ley británica, la niña nacida es ilegítima y se establece que el pago de dinero por un niño es constitutivo de delito. <sup>86</sup>

En Holanda se considera que el contrato de madres de sustitución es nulo porque la causa del contrato es ilícita y en el supuesto de mediar pago en dinero, el contrato es contrario al orden público y a la moral. <sup>87</sup>

En el Estado de Victoria ( Australia ) la legislación vigente declara la nulidad del contrato de maternidad subrogada y lo considera como un delito y está castigado con cárcel o multa el dar o recibir, el convenir dar o recibir, pagar por ayudar a que se lleve a cabo el contrato de maternidad subrogada. <sup>88</sup>

España es uno de los pocos Estados que tiene regulado el tema de las madres de sustitución. El Informe de la Comisión Especial de estudio de la Fecundación In-Vitro y la inseminación artificial humana aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria el 10 de Abril de 1986, dedica a la gestación por sustitución tres recomendaciones:

Recomendación 115: " Deberá prohibirse la gestación de sustitución de cualquier circunstancia ".

Recomendación 116: " Deberán ser objeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen ".

Recomendación 117: " Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución ".

El 20 de octubre de 1988 en el pleno del Congreso de los Diputados se votaron las enmiendas a la Proposición de Ley procedentes del Senado y la Ley de Reproducción Asistida es aprobada por las Cortes Generales; el 24 de noviembre es publicada en el B.O.E. Número 282 y el 26 del mismo mes se publica en el B.O.E. Número 284 una corrección de errores, con lo cual la Ley de Reproducción Asistida entre en vigor en España.

---

<sup>85</sup> La Inseminación artificial se introdujo en el título de los " hechos punibles contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas ". De esta manera quiso expresarse que se trataba, en primer término, de la protección de los bienes jurídicos transpersonales y que, por lo tanto, las consecuencias del hecho sobre los bienes jurídicos del individuo sólo tenían una significación secundaria para la esencia del delito.

<sup>86</sup> Ferrer, Jorge J. y Martínez de Artoia, " medicina y persona. Fecundación artificial: aspectos médicos y cuestiones éticas ", Revista de medicina de la Universidad de Navarra, Vol. XXIX, núm. 3, Julio-Septiembre, 1985, Pág. 204.

<sup>87</sup> Enkeluar, C.C.M. y prof. BOOE Rookde, " Family Relations and Modern Medicine: Netherlands Report ( VII th. International Congress of comparative Law, Australia, agosto 1986 ) ", Pág. 16, citado por Silva-Ruiz, Pedro. " El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler ", en Derecho de Familia. Tapia, octubre 1987, pag. 80.

<sup>88</sup> El País, 6 de agosto de 1984: " Una madre alquilada australiana se niega a entregar el hijo concebido por encargo ".

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

El Artículo 10 de dicha Ley señala con respecto a las madres de sustitución:

1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

También se niega acción a la mujer gestante para poder reclamar lo que está prometido por el embarazo, tampoco podrá reclamarse a la madre gestante lo que en cualquier momento se le entregó como retribución, aun en el supuesto de arrepentimiento,

2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

El proyecto preliminar del Consejo de Europa contiene provisiones sobre "Inseminación Artificial" en una madre subrogada y por separado sobre "Fecundación In Vitro con transferencia del cigoto de una mujer subrogada y sugiere dos alternativas para el primer caso en que la madre conviene en entregar a su propio hijo y otro que la madre subrogada tuviese la opción de quedarse con el niño y cualquier acuerdo sobre renuncia al niño fuese nulo.

El Código de Familia de Bulgaria del 10 de mayo de 1985, en su Artículo 31 dice que "la maternidad se determina a través del nacimiento, aunque el hijo se haya concebido con material genético de otra mujer".

#### **El Código Civil para el Estado de Tabasco.**

El legislador tabasqueño, en mayo de 1997 aprobó el Código Civil del Estado, llevando a cabo cambios para una legislación civil moderna y es por eso que se convierte en uno de los pioneros al admitir y normar algunos aspectos de la Fecundación Humana Artificial.

Este Código Civil del Estado de Tabasco le da un marco jurídico a la Fecundación Humana Asistida y regula los efectos en cuanto al derecho civil de esta técnica científica.

Los únicos casos que prevé el Código Civil es para parejas ya sea de casados o concubinas y que interpretando a contrario sensu, los amasios y aquellos que no tienen "pareja" no tienen derecho a emplear métodos artificiales de procreación.

El Código Civil para el Estado de Tabasco señala:

**Artículo 360. " Situación de Maternidad Sustituta "**  
Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia

ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

La filiación de los hijos nacidos bajo el procedimiento de fecundación asistida cuando la maternidad es subrogada.

Artículo 347. Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

**Sin embargo, como una excepción a esta presunción cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.**

El Código Civil para el Estado de Tabasco, regula algunos de los efectos de los concebidos por medio de la procreación artificial, tanto a lo que es filiación y como en cuanto a los deberes y derechos de los concebidos.

Artículo 327. Cuándo no podrá desconocerse a los hijos. El marido no podrá desconocer a los hijos. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento “.

Artículo 329. “ Imposibilidad de desconocimiento. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I..
- II..
- III..
- IV..

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos “.

**Art. 324. “ Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de producción humana artificial:**

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

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

El legislador incluyó una presunción juris tantum para los “ concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial “ de ser hijos de los cónyuges.

**Art. 340. Se presumen hijos del concubino y de la concubina:**

I.- Los hijos nacidos dentro de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato.

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

III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que los concubinos hayan otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

El Artículo 349 del Código Civil para el Estado de Tabasco establece lo siguiente:

**“ Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo al concebido por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro aún cuando no se encuentre en el cuerpo materno en el momento del reconocimiento “.**

El consentimiento de cualesquiera de los métodos de reproducción artificial impide el desconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos de su cónyuge o de su concubina.

Aún cuando el hijo de su cónyuge nazca dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio no podrá desconocer la paternidad si consintió en que su cónyuge hiciera uso de los métodos de procreación artificial.

Tampoco podrá desconocer la paternidad, si reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida aún cuando haya nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio.

Si el concubinario otorgó su consentimiento de manera indubitable, a los métodos de reproducción humana artificial, se crea una presunción de ser hijos del concubinato aun cuando se esté en el siguiente caso:

Aunque hayan pasado los trescientos días siguientes a que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina y no tenga un nexo biológico con uno o ambos padres.

Los hijos concebidos naturalmente, cuyos padres no son cónyuges y los hijos concebidos artificialmente, cuyos padres tampoco son cónyuges, pero que hayan estado de acuerdo con la utilización del método artificial tiene los mismos derechos.

El Artículo 365 del Código Civil para el Estado de Tabasco señala:

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

I.- A llevar el apellido del que lo reconoce;

II.- A ser alimentado por éste;

III.- A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión in testamentaria;

IV.- A ejercer los derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial.

**Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial.**

Esta regla debe de interpretarse, cuando hay una tercera persona en la procreación, es decir, cuando hay una madre biológica ( donadora del óvulo ) o una madre sustituta ( portadora ) la madre legal será la contratante, tal y como lo señala el Artículo 347 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

### **Códigos Civiles de Países Latinoamericanos.**

La determinación legal de la maternidad se hace a través del parto, en algunos de esos Códigos se indica que “ la mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de la maternidad, justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo “, a través de los años siguió esta idea, pero ha cambiado visiblemente la alusión del fenómeno del parto, ya que se empezó dar apertura hacia lo genético.

El Código Civil de Paraguay promulgado en 1985 se empezaron a dar modificaciones respecto de la Investigación de la Maternidad, el Artículo 240 abre otro supuesto para la investigación de la maternidad y se expresa de la siguiente manera: <sup>89</sup>

**Artículo 240. La maternidad podrá ser impugnada por el padre o la madre y por todo aquel que tuviera interés actual en hacerlo, siempre que se alegare parto supuesto, sustitución del hijo o no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo.**

Realizando un análisis de este Artículo aquí habría otro supuesto para la Investigación de la Maternidad es por eso que se abre una pauta para la investigación de la maternidad, cuando éste se ha procreado en el vientre de otra mujer, pero con el espermia y el óvulo de los cónyuges que desean tener un hijo, por cuenta de otro y en estos casos se abre un nuevo camino para determinar la maternidad de un hijo concebido por Inseminación Artificial cuando existe una madre sustituta.

Posteriormente los Códigos Civiles de Paraguay y Uruguay en sus Artículos 240 y 242 respectivamente abren una nueva forma para la investigación de la maternidad que tiene una gran aportación para el estudio que estamos realizando:

**“ La Filiación de que el hijo está en posesión, aunque sea conforme a la partida de nacimiento o bautismo, puede ser contestada en razón de parto supuesto o por haber habido sustitución del verdadero hijo o en realidad, por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo “.**

---

<sup>89</sup> Soto Lamadrid, Miguel, *Ingel, Op. Cit.* Pág. 196.

En el Código Civil Argentino antes de su reforma de 1985, se había producido un interesante debate sobre el contenido que podría asignarse a esta tercera hipótesis y la posibilidad de impugnar la maternidad basada en el parto, argumentando la falta de identificación óvulo-madre y se señalaba lo siguiente:

**Artículo 261. “ La filiación de que el hijo esté en posesión, aunque sea conforme a los asientos parroquiales, puede ser contestada en razón de parto supuesto o por haber habido sustitución del verdadero hijo o no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo “.**

En 1978 Belluscio señala que se presenta indudablemente la posibilidad de un tercer caso, en el que la mujer no es madre del hijo que pasa por suyo, aquel en que se ha implantado un óvulo fecundado de otra mujer..sea la fecundación se haya realizado con semen del marido o con el de un extraño.<sup>90</sup>

Belluscio señala que el Artículo del Código Civil Argentino debería de quedar de la siguiente manera:

**Artículo 261. “ La filiación de que el hijo esté en posesión, aunque sea conforme a los asientos parroquiales, puede ser contestada en razón de parto supuesto o por haber habido sustitución del verdadero hijo o no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo, ya que el verdadero padre y la verdadera madre, son quienes han proporcionado el espermatozoide fecundante o el óvulo fecundado, respectivamente “.**

También señala que la acción de desconocimiento de maternidad, en este caso, podría ser entablada por todo interesado, ya que la ley no establece limitación alguna a la legitimación activa, muy especialmente por quienes tuviesen derecho a recibir la herencia de uno o de otro de los padres, a falta de hijo.

En cuanto a la posible acción del marido, señalaba que estaría limitada al caso en que la fecundación se hubiese realizado con semen de un tercero y sin su conformidad, si prestó voluntariamente el elemento fecundante, o si consintió que se implantara en su esposa el embrión fecundado por tercero.

---

<sup>90</sup> Belluscio, *Aspectos jurídicos de la fecundación extracorporal, LL, 1978-C-929.*

#### **4.7.3 Concepto de maternidad subrogada.**

- a) Es la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena.
- b) Mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo y procrear un hijo.
- c) Mujer que lleva a la gestión un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.
- d) La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.
- e) Para Zannoni, “ Es cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará luz al hijo en beneficio de esa pareja “.
- f) Jaime Vidal Martínez señala “ Madre subrogada, es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo para procrear un hijo y una vez que éste ha nacido, la madre cede su custodia a favor del padre y renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo, de manera que la esposa del padre pueda adoptarlo “.
- g) Para la Iglesia Católica es:
  - 1) “ La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación “.
  - 2) “ La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación “.
- h) Para Manuel F. Chávez Asencio, es “ cuando una mujer extraña al matrimonio se presta para que le sea implantado un óvulo fecundado o se le insemine con elementos del marido “.
- i) Para Ramón Herrera Campos es “ El procedimiento en el que una mujer extraña al matrimonio es inseminada con el semen del esposo de la mujer que encarga el niño, con la condición de que cuando se produzca el nacimiento, el hijo se ha de entregar a los cónyuges contratantes.

**4.8 Consideración para la regulación en la Legislación Civil Vigente, los medios para probar la maternidad de un hijo concebido por inseminación artificial, cuando la maternidad es subrogada.**

En los últimos tiempos ha comenzado en práctica un nuevo sistema de inseminación artificial para ser aplicado cuando la esposa es estéril o bien tiene dificultad para llevar con éxito la gestación; mediante este procedimiento una mujer extraña al matrimonio es inseminada con el semen del esposo de la mujer que “ encarga “, el niño se ha de entregar al esposo y a su esposa

El Artículo 4º Constitucional consigna el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos y lo establece de la siguiente manera:

Artículo 4º Constitucional. “ Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el numero y espaciamiento de sus hijos “.

El ejercicio de este derecho, se desempeña de común acuerdo entre el varón y la mujer, por lo que se impone al Estado la obligación pasiva de no determinar, por ningún acto de autoridad, el número de hijos que desee tener la pareja humana

En la actualidad el único Código Civil de la República Mexicana, que regula la “ maternidad subrogada “, es el del Estado de Tabasco.

Para nuestro mejor estudio, debemos analizar los supuestos que se podían presentar en este tipo de maternidad:

- 1) El primer supuesto es, óvulo de la mujer que “ encarga “ el niño y vientre de la madre gestante, en este supuesto habría dos madres; una madre legal y una madre sustituta.
- 2) Óvulo y vientre de la madre gestante, en este supuesto habría una sola madre que es la sustituta.
- 3) Óvulo de donante anónima y vientre de la madre sustituta, en este supuesto habría dos madres; una desconocida y la madre sustituta es la legal.

Tal y como se establece en la exposición de motivos del Código Civil para el Estado de Tabasco, se deben de incorporar aquellas situaciones en los que se deben establecer aquellas consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico en cuanto a la reproducción humana artificial, misma que se relaciona con las materias de filiación, sucesión y adopción, es por eso que en la actualidad debe de establecerse reformas a la normatividad jurídica del Distrito Federal misma que debe de adecuarse a los cambios que va sufriendo todo el mundo, respecto de los cambios científicos.

Actualmente hay legislaciones que ya establecen un marco jurídico para incorporar los recientes avances que se han dado en el ámbito científico y en materia social con el fin de adecuarse a la esfera jurídica, coadyuvando en este sentido para que la impartición de la justicia sea pronta,

expedita y eficaz, en la cual debe de reflejarse en una normatividad moderna que debe ser acorde a los cambios históricos.

Actualmente existen legislaciones que establecen límites para llevar a cabo la inseminación, en la que se señala ciertos principios que se deben de prohibir para aquellas mujeres que deseen inseminarse, señalaremos algunos casos en los que se prohíbe la inseminación a determinadas personas:

- a) Mujeres solas.
- b) Mujeres lesbianas.
- c) Homosexuales que deseen recurrir al alquiler de vientres.
- d) La clonación de uno mismo.

Existen legislaciones de países europeos y latinoamericanos que establecen, que es madre aquella que ha contribuido con un óvulo y que aporta el deseo psicológico de ser madre.

En otras legislaciones la maternidad debe ser atribuida a aquella que ha dado luz, porque la relación que ha existido en el periodo de la gestación entre la mujer embarazada y el hijo es muy superior a la aportación de un óvulo.

Para el mejor entendimiento de nuestro análisis, se le llamara:

- 1) Madre legal = " Madre gestante ".
- 2) Cónyuges descosos = " Pareja solicitante ".

Pero lo que atañe a nuestro estudio, debemos de establecer cuando una pareja, debe permitirle contratar a una mujer, para que pueda " engendrar un hijo " para incorporarlo al seno familiar, desde nuestro punto de vista se le debe permitir a aquella mujer que esta debidamente casada y sean infértiles, por eso debemos de hacer un señalamiento severo para que en el actual Código Civil del Distrito Federal, se incorporen cambios acordes a nuestra realidad y al campo científico, en el cual se debe de establecer que la Inseminación Artificial por maternidad subrogada será un medio de procreación para aquellas parejas que hayan debidamente contraído matrimonio o estén unidas en concubinato, no sean capaces de procrear por infertilidad de la cónyuge ( mujer ), para que de esta manera se pueda aceptar como un medio lícito de procreación, para que exista protección tanto para la pareja y el menor que se desea obtener.

Desde mi perspectiva, debe restringírsele la utilización de la Inseminación Artificial, a parejas homosexuales, a lesbianas y aquellas personas que carezcan de un medio honesto de vivir.

Los medios para comprobar la maternidad de un hijo, cuando esta sea por "maternidad subrogada", debe de realizarse primeramente que la pareja solicitante haya aportado el óvulo y el semen o el embrión en sí, para que de esta manera se pueda probar el nexo biológico con el hijo y en caso de controversia establecer en el actual Código Civil del Distrito Federal, que la maternidad se establecerá a través del parto y además el nexo biológico que exista entre el menor procreado y la pareja solicitante aquí estaríamos ante la Fecundación In Vitro.

El Código Civil del Distrito Federal es que "Para comprobar la maternidad de un hijo, cuando provenga de la "maternidad subrogada", debe ser que exista un contrato entre ambas partes "madre gestante o madre legal" y "pareja solicitante", en el caso de que la "madre gestante o madre legal" aporte el óvulo y el esposo de la "pareja solicitante" aporte el semen, para que una vez que nazca el menor producto de la inseminación, la "madre gestante o madre legal" tenga la obligación de entregar al menor a la "pareja solicitante", y no tenga derecho de acreditar la filiación de un hijo que legalmente le pertenece, pero que ella acordó engendrar y entregar a otras personas mediante un contrato.

Actualmente el Código Civil para el Distrito Federal, realiza reformas, actualmente ya regula la fecundación asistida o inseminación artificial, ya sea Fecundación In-Vitro e Inseminación Artificial Homóloga y Heteróloga, esta clasificación la hace la Ley General de Salud.

Otras de las medidas protectoras que debe de establecer el Código Civil para el Distrito Federal, es que deberá establecer la Investigación de la Maternidad, cuando no exista un nexo biológico entre la mujer que dio luz y el menor procreado, para que de esta manera la pareja "solicitante", que deseaba obtener un hijo pueda reclamar la Investigación de la maternidad, en virtud de que, la cónyuge solicitante no sea la madre legal, si lo sea de manera biológica en virtud de que ella aporte el óvulo y el esposo el semen y exista el nexo biológico con el hijo, para que exista la filiación.

Uno de los puntos para comprobar la maternidad de un hijo, cuando esta no sea la madre que dio luz, es que debe de existir un acuerdo entre la "madre gestante" y la "pareja solicitante", ya que este sobrevenga de un contrato o una estipulación a favor de un tercero.

#### **4.8.1 Propuesta de reforma en el Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a la maternidad subrogada.**

Actualmente La Legislación Vigente del Distrito Federal, no establece ciertos lineamientos normativos, para poder darle solución a ciertos conflictos que llegarán a presentarse en los Juzgados Familiares, para establecer la filiación de aquellas personas que sean concebidos por Inseminación Artificial, en la que la madre biológica acordó, entregar a una pareja solicitante que debidamente haya consentido hacerle la entrega del hijo recién nacido bajo estas circunstancias, es por eso que desde mi punto de vista jurídico, señalaré algunas disposiciones legales debe hacerseles un cambio para que se prevean aquellas situaciones en la que se haya consentido Inseminarse para engendrar un hijo a favor de una pareja.

Desde mi punto de vista, por lo que respecta a las Actas de Nacimiento, se debe de establecer de la siguiente manera:

“ Tendrán obligación de declarar el nacimiento de un hijo, la persona o personas que tienen derecho a inscribirlo como hijo suyo, derivado de técnicas de reproducción asistida artificial homóloga o heteróloga o In- Vitro, proveniente del nacimiento de un hijo por maternidad sustituta, por lo que el Artículo 55 del Código Civil para el Distrito Federal de la manera siguiente “:

Artículo. 55. “ Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de estos, los ascendientes sin distinción alguna dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.

**La persona o personas que tengan derecho a inscribirlo como hijo suyo, derivado de técnicas de fecundación asistida artificial homóloga o heteróloga o In- Vitro, cuando se trate de un hijo nacido por maternidad sustituta “.**

Los médico cirujanos o partera que hubieren asistido al 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.

Otra disposición que se debe de reformar, es cuando los padres quedan exentos de reconocer a un hijo y quedaría de la siguiente manera:

Art. 60 del Código Civil para el Distrito Federal.

“ El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos, **salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta “.**

Otras de las Instituciones del Derecho de Familia que resultan afectadas son la filiación, por eso se debe de regular la filiación de un hijo concebido por maternidad subrogada, para que se le considere como hijo de matrimonio, por lo que debe quedar de la siguiente manera:

**Artículo 324.** Se presumen hijos de los cónyuges salvo prueba en contrario:

I. Los nacidos dentro del 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.

**III. Los que nazcan por procedimientos de técnicas de fecundación asistida homóloga o heteróloga o In- Vitro y los concebidos como resultado de un contrato de maternidad subrogada.**

Conforme el Artículo anterior en caso de presentarse algún conflicto de intereses para determinar si un hijo debe ser considerado como hijo de matrimonio, además de los que contempla actualmente, también se debe de considerar aquellos que son concebidos por fecundación asistida o cuando haya sido por resultado de un contrato de maternidad subrogada, para que de esta manera se resuelva aquellas controversias que se presenten en el futuro, para que de esta manera se protejan los intereses del menor.

Otras de las disposiciones que se deben de reformar, es en el supuesto en que el esposo no podrá impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, tal y como se menciona en el Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual debe de quedar de la siguiente manera:

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 una segunda mujer que participe en el proceso reproductivo o su cónyuge, mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Otras de las disposiciones que se deben de reformar es en el supuesto en que el esposo no podrá impugnar la paternidad de un hijo nacido después de haberse disuelto el del matrimonio, tal y como se menciona en el Artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual debe de quedar de la siguiente manera:

Artículo 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 métodos de fecundación asistida a su cónyuge o cuando participe una segunda mujer en el proceso reproductivo.

También se debe de adicionar el Artículo 340 del Código Civil del Distrito Federal, para que exista otra forma para determinar la filiación de un hijo y debe quedar de la manera siguiente:

Artículo 340. “ La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento o con el nexo biológico que exista con los padres.

También se debe de establecer que un hombre distinto puede reconocer un hijo de una mujer casada y el Artículo 374 del Código Civil del Distrito Federal debe de modificarse y quedar de la siguiente manera:

Art. 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido o por sentencia ejecutoriada que se haya declarado que no es hijo suyo y cuando se trate de un hijo como resultado de un contrato de maternidad sustituta.

#### **4.8.2 Contrato que debe regular la maternidad subrogada.**

Si se recuerda que los orígenes de esta institución se localiza en los Estados Unidos, cuando aparece un anuncio insólito, que decía “ Marido sin hijos, casado con mujer infértil, desea obtener un hijo de probeta, la mujer de descendencia inglesa o del noroeste europeo que se interese colaborar, deberá indicar los honorarios que pretenda y su edad ”.

El anuncio fue publicado en The San Francisco Chronicle el día 15 de abril de 1975, 180 mujeres respondieron al llamado, entre ellas fue seleccionada una del área de la bahía de San Francisco, quien por la suma de diez mil dólares entre honorarios y gastos, aceptó ser inseminada y dar luz a un niño lo entregó a su padre renunciando a sus derechos conforme a lo pactado.

El abogado del anunciante, señaló que el caso no tiene nada de extraordinario, porque desde hace muchos años se utilizan donadores anónimos para embarazar a las esposas de hombres estériles. El presente caso es la contraparte de la inseminación artificial por donador, un hombre fértil casado con una mujer estéril que desea tener descendencia propia ”.

Los contratos de subrogación, generalmente son considerados ilegales e inexigible su cumplimiento ante los tribunales. La práctica es hoy conocida como “ maternidad subrogada ” y a ella recurren parejas en las cuales la mujer padece algunas de las causas de infertilidad irreversible.

De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen dos clases de subrogación: total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos, parcial cuando solamente es gestadora del embrión de la Fecundación In Vitro que le ha sido trasplantado.

También se clasifica la subrogación en comercial o altruista, ya sea que la mujer contratada reciba una compensación económica o ninguna por la gestación.

La subrogación comercial ha dado lugar a la creación de agencias especializadas que se encargan de relacionar a los interesados, formalizar los contratos y vigilar su cumplimiento, están integrados por médicos, psicólogos, abogados y un catálogo de mujeres dispuestas a embarazarse por paga y cobran una suma importante por su intermediación.

En Estados Unidos y diversos países europeos abundan estas agencias que comienzan a invadir otras partes del mundo donde el nivel económico de las parejas permite el pago de sus servicios, agencias norteamericanas han comenzado a instalarse en Japón donde esperan contar con clientela suficiente para su permanencia.

La subrogación de maternidad comercial ha sido rechazada universalmente, en algunos países solamente se permite que la mujer se embarace por cuenta de otra sea retribuida por los gastos necesarios como médicos, psicólogos, alimentación especial, transportes, hospitalización y en algunos lugares por la paga de los abogados que intervinieron en la formulación del contrato, se prohíbe recibir compensación por el “ servicio ” como medida para evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer.

**a) Casos judiciales que se han presentado por la maternidad comercial subrogada.**

En el año de 1981 Mary Roe fue contratada para ser artificialmente inseminada con espermatozoides del esposo de una señora incapacitada para procrear por haberse ligado las trompas, de acuerdo con el contrato celebrado, recibiría cinco mil dólares por la promesa de gestar y dar luz a un hijo que entraría al padre biológico a su nacimiento.

Según los planes, antes del nacimiento el padre biológico daría a conocer su intención de reclamar la paternidad y al ser asentado lo reconocería como suyo. Por su parte, la subrogada y su esposo aceptarían que el contratante era padre de su hijo, renunciarían a su custodia y demás derechos sobre él y consentirían en que la esposa estéril lo adoptara.

La ley que rige el procedimiento de adopción en el Estado de Michigan, establece que " Excepto por concepto de gastos y honorarios aprobados por la corte, nadie ofrecerá, dará o recibirá ni dinero ni otros bienes de valor en conexión con ninguno de los siguientes casos:

- a) Poner un niño en adopción.
- b) Consentir en la adopción.

Como esa ley impedía que el contrato fuera realizado conforme a lo planeado, los esposos contratantes iniciaron un juicio tendiente a que se declarara anticonstitucional la prohibición, por considerar que les impedía indirectamente procrear un hijo mediante el procedimiento de "subrogación de maternidad ", lo que juzgaban violatorio en su perjuicio del "derecho a la privacidad", declarado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

En primera instancia la Corte declaró que " El interés de la ley es evitar que el mercantilismo o afán de lucro afecte la decisión de una madre para otorgar su consentimiento para que su hijo sea adoptado, es principio fundamental, agregó, que los niños no pueden ni deben ser materia de compraventa ", y prosiguió: " Consideraciones mercenarias para crear una relación de parentesco y su impacto en la unidad de la familia afecta las bases mismas de la sociedad humana y ofende a la comunidad ".

La Corte de Apelación a la que recurrió la pareja contratante rechazó la vista del caso y emitió su opinión diciendo: " La ley no prohíbe a los apelantes tener un hijo como lo planearon, sino hacer mal uso de los procedimientos de adopción establecidos por la misma. En efecto, el contrato celebrado revela la pretensión de usar la adopción como un medio de cambiar la situación legal del niño y ese propósito consideramos que no se encuentra dentro del ámbito de las garantías protegidas por el derecho constitucional a la privacidad ".

El Procurador General del Estado de Michigan declaró con motivo del caso planteado ante los tribunales:

" Pocas mujeres se prestarían por gusto a ofrecer el uso de su cuerpo por nueve meses si lo único que conseguirían fuera el placer de hacer a otros felices con la adopción de su hijo, por lo que, salvo los casos de excepción, el pago es el incentivo para que gesten el hijo que no desean concebir, lo lleven

en el vientre por nueve meses, a pesar de que normalmente no lo hubiesen hecho y lo entreguen a su nacimiento renunciando a todos sus derechos. El contrato celebrado entre las partes resultó nulo a la luz del derecho estatal.

Posteriormente el Estado de Kansas, el Procurador emitió opinión similar al del Kentucky en el mes de julio de 1982, diciendo que: " El mayor impedimento para la validez de los contratos de subrogación es que son contrarios a la política estatal fundada en el antiguo principio legal de que los niños no son mercancía y por lo tanto no pueden ser materia de actos de comercio o de simple donación ".

Se entiende que la decisión de procrear o tener un hijo es un asunto esencialmente privado que encuentra cierta protección en la Constitución, pero la actividad comercial que implica el contrato afecta intereses superiores del Estado, como ejemplo, el que tiene en la custodia de los menores, y tal interés no puede ser lesionado por el trato.

Los contratos de maternidad subrogada han sido generalmente cuestionados por las autoridades que los equiparan a la " compraventa de niños ", delito tipificado universalmente, circunstancia que los hace nulos e inexigibles para efectos legales.

Los interesados en que se legalice, defienden sus intereses alegando generalmente la anticonstitucionalidad de los actos de autoridad y pretendiendo que se les dé el tratamiento similar al que prescriben las leyes para los casos de inseminación artificial por donador (IAD ), considerando como donadora de óvulos a la madre subrogada.

Los que pretenden la validez y flexibilidad de los contratos de subrogación, un negocio floreciente en los Estados Unidos, hacen valer el argumento de que la procreación es una garantía individual implícita en el derecho a la privacidad y su impedimento es una violación constitucional.

El derecho a la privacidad, de acuerdo con la Constitución Norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a menos que éste ( el Estado), demuestre la existencia de un interés superior que justifique su acción.

La declaración de la existencia de ese derecho proviene de la Decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de anticonstitucionalidad de leyes estatales en relación con la procreación:

En *Skinner vs Oklahoma* ( 316 U.S. 535 ( 1942 ) ) al declarar anticonstitucional una ley de esterilización de los delincuentes, encontró que " uno de los derechos civiles básicos del hombre era el derecho a estar libre de interferencias en su capacidad de procreación ", y declaró que " el derecho a procrear es fundamental para la existencia y supervivencia de la raza ".

En *Griswold v. Connecticut* U.S., 479 ( 1965 ), reconoció el derecho de las personas casadas a usar anticonceptivos, razonando que " el derecho a la privacidad matrimonial está protegido de instrucciones del Estado, especialmente cuando la decisión involucra tener o no tener un hijo ".

La Corte de *Eisenstadt v. Baird*, 405, U.S. 438 ( 1972 ), declaró anticonstitucional la ley en el Estado de Massachusetts que prohibía la distribución de anticonceptivos a las personas solteras, y razonó "

Si el derecho a la privacidad significa algo, es el derecho de una persona, soltera o casada, a estar libre de interferencia del Estado en asuntos tan fundamentales como gestar o procrear un hijo “.

Una interpretación libre de estas decisiones ha llevado a los interesados a considerar implícito en el derecho a la procreación el de seleccionar los medios para realizarla, de donde concluyen la violación constitucional derivada de la prohibición de los contratos de subrogación y de las leyes que prohíben el pago de una compensación mayor a la subrogada de los necesarios para cubrir los gastos médicos originados por el embarazo.

Las leyes impugnadas no impiden a las parejas estériles procrear o gestar un hijo, sino que controlan los medios por los cuales puedan obtenerlo, la garantía debe interpretarse no como un derecho positivo derecho a tener un hijo sino el negativo a estar libre de instrucciones del Estado en la decisión de tenerlo, por lo que prohibir el pago a la madre subrogada para que renuncie a sus derechos de maternidad, no viola ese derecho.

La exigibilidad de los contratos de maternidad subrogada, nos lleva a ubicar el grado de invalidez de los mismos, desde mi punto de vista el contrato que debe regular la “ Maternidad Subrogada “, debe ser un contrato innominado, pero ahondando más en el tema y recobrando aportaciones importantes del Maestro Ernesto Gutiérrez y González, en su obra “ El Patrimonio “, que si se llega a celebrar un convenio en el que se establezca la disposición de una parte del cuerpo humano, este deberá ser innominado, en virtud de no tener una regulación especial de las leyes aplicables, ya que el cuerpo humano no es susceptible de prestaciones y por eso desde mi punto de vista deberá llamarse Contrato de Maternidad cuando la madre sustituta aporte el óvulo y el vientre o Contrato de Incubación cuando la madre sustituta, aporte exclusivamente el vientre.

Actualmente el Código Civil del Distrito Federal no regula actualmente la maternidad sustituta, pero es importante establecer una pauta para resolver aquellos conflictos que se pudieran presentar en los Juzgados Familiares, cuando los padres contratantes reclamen el reconocimiento de un hijo cuando una persona ajena lo gesta.

El Código Civil de 1928, recoge aportaciones de la Teoría Alemana, regula aquellos contratos que no tengan una denominación especial y que no estén especialmente reglamentados en la legislación civil, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

La excepción que marca la ley, nos da la pauta para establecer que los seres humanos tienen la libertad de contratar, pero nunca contraviniendo a las buenas costumbres y el orden jurídico, pero es de señalar que los cambios que ha sufrido nuestra sociedad en relación con los nuevos descubrimientos científicos, deben ir de la mano con los cambios jurídicos que se deben analizar, es por eso que el derecho diariamente se va transformando y no debemos quedar estancados de aquellas instituciones jurídicas que han sido rebasadas por la ciencia, por eso me he permitido hacer un análisis de aquellas cuestiones que resultarían afectadas por la institución de la “ maternidad subrogada “.

Se establece que las relaciones patrimoniales pueden ser de carácter patrimonial o extra patrimonial, es de indicarse que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nos autoriza como Garantías Individuales, un derecho de libertad y el derecho relacionado a la disposición de partes del cuerpo humano, que el maestro Gutiérrez González correctamente le da el carácter de bien y lo clasifica dentro de cosas incorpóreas, actualmente los órganos internos y emanaciones del ser humano pueden ser cosas.

El Maestro Ernesto Gutiérrez y González hace bien en señalar en su obra de “ Patrimonio “, que el derecho no es algo estático, sino cada día evoluciona y que cosas que antes nunca se soñaron, deben ser objeto de una regulación jurídica, entonces tiene que llegarse a la necesidad de ampliar las nociones jurídicas en el campo del derecho y precisamente en este caso debemos establecer que ciertas partes del cuerpo humano pueden ser objeto de realizar un contrato.

Dentro del estudio que estamos realizando, buscamos regular el tipo de contrato que se debe de celebrarse para saber si es posible, que el útero sea objeto de un contrato, el análisis que realiza el maestro Gutiérrez y González respecto de que partes de los cuerpos pueden ser objeto de disposición, y lo hace desde tres puntos vista:

- 1) Disposición total del cuerpo.
- 2) Disposición sobre partes del cuerpo.
- 3) Disposiciones sobre incorporaciones o accesiones al cuerpo.

El punto que nos debe de importar es en relación a la disposición de partes del cuerpo humano, siguiendo a la doctrina Italiana, en su derecho civil determina, que “ los actos de disposición del cuerpo humano está prohibidos cuando ocasionen una disminución a la integridad física o cuando de otro modo sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres “.

Haciendo una interpretación a contrario sensu, de la disposición antes mencionada debemos de señalar, que si pueden ser objeto de contrato partes del cuerpo humano, siempre y cuando no se disminuya la integridad física y como tal la gestación de un hijo no se esta disminuyendo la integridad, al contrario por ser un hecho de la propia naturaleza, es propio establecer que no estaríamos en el supuesto de que se esta disminuyendo la integridad corporal.

Como punto importante debemos establecer que el concepto de buenas costumbres, se va transformando, en relación a determinados modelos de vida e ideas morales admitidos en una determinada época y sociedad, en ellas influyen las corrientes de pensamiento de cada época, los climas, los inventos y hasta las modas.

Por eso es de señalar, que la maternidad subrogada, debe ser una institución jurídica que tenga validez jurídica.

El juzgador deberá valorar necesariamente el conjunto de principios ético-sociales que imperan en una sociedad al momento de declarar la nulidad de un acto por contravenir a las buenas costumbres.

Siguiendo los principios antes mencionados debemos establecer que actualmente La Ley General de Salud en su Capítulo II, establece que " Toda persona puede disponer de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos que previamente se deben de dar ".

La donación podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes..

El Artículo 313 en su Fracción XIV, a mi manera de interpretarlo, se puede permitir el trasplante de una célula germinal en el cuerpo de otra persona, ya que como lo establece el Código Civil del Distrito Federal, " El embrión no tiene la calidad de persona física ".

### **C) Elementos que deben contener el Contrato de Maternidad.**

En virtud de que el Código Civil del Distrito Federal, no reglamento el contenido de todos los contratos posibles, tal y como lo señala la teoría alemana le ha dado el nombre de contratos atípicos, el Artículo 2538 del Código Civil del Distrito Federal nada mas los menciona, pero no le da una regulación especial, habla de fondas, cafés, casas de baño y otros establecimientos semejantes, que no responden de los efectos que introduzcan los parroquianos, a menos que los pongan bajo el cuidado de los empleados del establecimiento.

Los contratos atípico no necesariamente carecen de una denominación especial, algunos de ellos la doctrina ya les da un nombre y así se habla de un contrato de lactancia, de suministro, el de educación, es por eso que el nombre que doctrinalmente le pongo a la maternidad subrogada, es el de " contrato de maternidad ", o " contrato de incubación ".

Los nombres que propongo a este tipo de contratos deben ser llamados Contrato de Maternidad o Contrato de Incubación, ya que independientemente de que los contratos atípicos carecen de una denominación especial, cierto es que la doctrina le ha dado a ciertos contratos una denominación pero su propia naturaleza indica que son contratos atípicos, ya que carecen de un reglamentación, por eso el principio que marca el Código Civil es de permitir la celebración de todo tipo de contratos mismos que deberán regirse por las regla generales de los contratos o en los contratos que tengan más analogía.

El Artículo 1798 del Código Civil del Distrito Federal, señala que los contratantes requieren la capacidad general para contratar;

Art. 1798. " Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley ".

La Ley General de Salud, en su Título Décimo Cuarto, Capítulo I, Artículo 313 Fracción I, VII, VIII, X y XIV, señala lo siguiente:

Art. 313. Compete a la Secretaría de Salud:

Fracción I. Células Germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes;

VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana estacional;

X. Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;

XIV. 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.

Art. 320 de la Ley General de Salud, indica que:

Art. 320. " Toda persona dispone de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos.

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. 324 de la Ley General de Salud, establece:

" 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 ".

Artículo 43 del Reglamento de Investigación para la Salud.

“ 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 “.

Tal y como lo establece el Artículo, 1832 del Código Civil para el Distrito Federal, no se requiere de alguna formalidad para la validez de un contrato, entonces se puede afirmar que los contratos innominados son consensuales o informales:

Art. 1832. “ En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley “.

El Artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, hace un señalamiento, respecto a la informalidad de los contratos innominados.

Art. 1796. “ Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma, establecidas por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Otro requisito que señala el Código Civil del Distrito Federal es el que se menciona el Artículo 1839, para la aplicación de la ley en los contratos innominados:

Art. 1839. “ Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley “.

El Artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal es el más importante, para la existencia del Contrato de Maternidad, como contrato innominado, que a su letra dice lo siguiente:

Art. 1858. " Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento ".

Conforme a la propuesta que pongo, como excepción a los principios antes señalados, debe revestir cierta formalidad, esto conforme a la interpretación del Reglamento de Investigación para la Salud, que señala:

Artículo 43. " Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, **durante el trabajo de parto**, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; **de la utilización de embriones**, óbitos o fetos; y **para la fecundación 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.

Art. 20. " 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.

Art. 21. " Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante 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 crean prejuicios 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;

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 20 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;

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

La forma en que se debe de cumplir con la obligación de entregar el producto, se establecerá conforme a los principios generales del contrato y a las estipulaciones de las partes, siempre tomando en consideración la posibilidad de que se regule la maternidad subrogada en el Código Civil del Distrito Federal.

**CONCLUSIONES.**

1. Considero que todas las sociedades van sufriendo transformaciones en diferentes aspectos que van desde lo social, demográfico, natural, científico y jurídico, es por eso que el Estado debe procurar que los cambios se den en base a un marco legal que procure el bien común de la colectividad.
  
2. Los cambios científicos que se han dado en los últimos años, han transformado a todas las sociedades, por el cual han resultado afectadas instituciones jurídicas importantes que el Estado debe proteger como son la filiación y la paternidad, el derecho día a día se transforma, es por eso que se deben introducir en la legislación civil cambios acordes al mundo que se esta viviendo actualmente, es por eso que las personas encargadas de aplicar la ley siempre deben regir sus resoluciones legales mediante un marco legal previamente establecido.
  
3. Las primeras técnicas de inseminación artificial, se dieron en las plantas, posteriormente se empezaron a utilizar en animales y en las personas.
  
4. Las técnicas de inseminación artificial en sus inicios no eran permitidas en las personas, porque era ir en contra del origen divino que establecía que el nacimiento de un hijo se tenía que dar en una unión de amor, sentimiento y cariño que solo se podía realizar a través del acto sexual.
  
5. Las técnicas de inseminación artificial fueron avanzando progresivamente, la utilización en beneficio de las personas trajeron diversas dificultades, respecto de las instituciones de la filiación y la paternidad, ya que la esterilidad de uno de los cónyuges era mal vista, ya que se consideraba que debe ser función propia de la pareja tener descendencia propia.

6. Las técnicas de inseminación artificial, fundamentalmente se aceptaron para remediar el problema de la esterilidad de uno de los cónyuges, es por eso, que los primeros países que regularon esta figura, permitía la inseminación para aquellas parejas que estuvieran casadas y que no podían tener descendencia propia, ya sea por infertilidad de uno de los dos cónyuges o de los dos y el cual se prohibía para aquellas parejas que no estaban unidas en matrimonio.

7. Las primera inseminaciones que se realizaron era, cuando el propio esposo era el que aportaba el semen y se podía considerar que existía una unión de amor con el hijo nacido fruto de este tipo de inseminación y se podía determinar la paternidad con la calidad de que exista el consentimiento del mismo.

8. Posteriormente se empezó a utilizar en la inseminación, el esperma de otra persona, el cuál tuvo innumerables negativas para su aceptación, ya que se consideraba que se estaba cometiendo el delito de "adulterio", ya que se estaba violentando la sana integridad del matrimonio, mismo que ponía en riesgo la relación matrimonial ya que se estaba afectando el vínculo conyugal con la intrusión de un elemento extraño al matrimonio.

9. La inseminación artificial provoco innumerables problemas legales, ya que no se había establecido una reglamentación legal para aquellos casos en los que un donante haya aportado el semen y quisiera reclamar la paternidad del hijo que biológicamente es suyo, posteriormente se estableció restricciones para aquellas personas que donan su semen voluntariamente, mismo que se tenía que dar de la siguiente manera; Se tenía que reservar la identidad del donante, con el centro autorizado, dicha donación no tendrá un carácter lucrativo y del cual no se podría reclamar una paternidad derivada del nacimiento con el uso de su esperma.

»

10. Cuando una mujer casada se ha inseminado y no ha obtenido el consentimiento del cónyuge, trajo muchos problemas legales en su momento, ya que se podía interpretar que el hijo nacido es "adulterino" y el propio cónyuge podía impugnar la paternidad señalando que no es hijo suyo, por eso legislaciones de otros países establecieron que debe existir el consentimiento del cónyuge para que se realice la operación y si no se lleva conforme a este requisito el padre no estaba obligado a reconocer dicho hijo y además el cónyuge afectado podría interponerla como causal de divorcio.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

11. En los Estados Unidos ha tenido un gran auge la inseminación artificial, es por eso que actualmente cuentan con bancos de semen, mismos que al principio se utilizaron al inicio de la segunda guerra mundial, con el deseo de que los soldados que llegaran a fallecer tuvieran una descendencia propia.

12. Con el avance de las técnicas de inseminación artificial, trajo consigo la utilización de otra clase de inseminación que los médicos le llamaron " Inseminación Post-Mortem ", misma que en sus primeros inicios no fue del todo aceptada ya que se consideraba que no se debía traer al mundo un hijo, sin un padre, ya que este método se daba cuando la mujer deseaba utilizar el semen de su cónyuge cuando este ha muerto.

13. En los últimos años se ha prohibido la utilización de este método a parejas homosexuales, lesbianas, viudas y a madres solteras, ya que se busca proteger la integridad y el sano ambiente en que debe vivir el menor, mismo que no se llevaría bajo las circunstancias antes señaladas.

14. Los primeros países que regularon la inseminación artificial, lo hicieron con el afán de resolver problemas de infertilidad de los cónyuges, pero posteriormente se hicieron más estrictas, porque se dieron ciertas restricciones para que no saliera afectada la institución de la filiación.

15. En los últimos años ha aparecido una nueva forma de procreación humana en el campo de la medicina, que es la " Inseminación Artificial ", " Fecundación In-Vitro " y " Clonación ", la cual se da sin la intervención sexual de la pareja como función procreadora y esta se puede dar porque el padre ha aportado el espermatozoide o cuando una mujer gesta un hijo a favor de otras personas la madre contratante puede aportar el óvulo y el padre el espermatozoide y la misma se puede dar en diferentes combinaciones.

16. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra como garantía de libertad el de la procreación, misma que debe de establecerse bajo los principios que maneje el Estado para proteger y conservar esta garantía.

17. La Ley Reglamentaria del Artículo 4º Constitucional, es la Ley General de Salud, disposición legal que permite la investigación y trasplante de células embrionarias en el cuerpo de otra persona, misma que marcaría el principio de que se puede permitir que una mujer ajena al matrimonio geste por la pareja solicitante.

18. El fundamento legal que permiten la inseminación artificial en México, lo encontramos en el Artículo 4º Constitucional, en la Ley General de Salud, en el Reglamento de Investigación para la Salud, en el Código Civil del Estado de Tabasco y en el Código Civil para el Distrito Federal.

19. A finales del siglo pasado, los legisladores mexicanos se preocuparon por legislar la figura de la " Fecundación Asistida ", el primer Código Civil que regulo esta figura fue el del Estado de Tabasco, mismo que sirvió de modelo para que la Asamblea de Representantes del Distrito Federal hiciera las modificaciones correspondientes, para que la Legislación Civil en cita este a la altura de otras legislaciones y acordes a los cambios que van transformando a cada sociedad y que debe de regirse mediante un marco legal.

20. En Estados Unidos, se empezó a dar los primeros nacimientos de hijos, cuando este se ha procreado por una pareja ajena al matrimonio, misma que se le dio el nombre de " maternidad subrogada ", que en los primeros años trajo diversas dificultades ya que no habría manera de reclamar la maternidad de un hijo, misma que esta prohibida en México, es por eso que actualmente se discute la manera en que se puede comprobar la maternidad cuando el hijo ha nacido en el vientre de otra mujer.

21. Actualmente se discute cual debe ser el contrato que debe de celebrar la madre que gesta por cuenta ajena y la pareja solicitante, para que se obligue a la madre gestante entregar el hijo, la propuesta es que debe ser un contrato innominado, con la facultad de poderlo interpretar con el contrato que se le asemeje más y las cláusulas respectivas que pongan los contratantes.

22. Los cambios científicos han provocado que muchas instituciones jurídicas del derecho de la rama familiar plasmadas en leyes mexicanas, hayan sufrido muchas transformaciones, ya que tales instituciones han caído en desuso y han afectado la organización de la familia, ya que los jurisconsultos de siglos pasados nunca imaginaron que iban a existir, es por eso que los legisladores de nuestro país deberían de subsanar las deficiencias que padece nuestro sistema legal y que en este proyecto propongo aportar ciertas ideas que algún día puedan ser plasmadas en nuestro actual Código Civil del Distrito Federal, como son la investigación de la maternidad cuando la madre legal no sea la madre biológica, el reconocimiento de un hijo de una mujer casada por un hombre distinto que no sea su pareja, cuando provenga de un contrato de maternidad y que el cónyuge podrá reconocer aún cuando se encuentre en el vientre de otra mujer.

## BIBLIOGRAFÍA.

## Leyes.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código Civil para el Distrito Federal 2002.
3. Código Civil del Estado de Tabasco 2002.
4. Código Civil Federal 2002.
5. Código Civil de Paraguay.
6. Código Civil de Uruguay.
7. Código Civil de Argentina.
8. Código Civil de Québec.
9. Código Civil Holandés.
10. Código de Familia de Costa Rica.
11. Código de Familia de Bulgaria.
12. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2002.
13. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco.
14. Código Penal para el Distrito Federal 2002.
15. Código Penal Federal 2002.
16. Ley General de Salud 2002.
17. Reglamento de Investigación para la Salud.
18. Ley de Reproducción Asistida Española.
19. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
20. Declaración de los Derechos del Niño.
21. Carta de los Derechos de Familia.
22. Real Decreto 413/1996.

TESIS CON  
 FALLA DE ORIGEN

**Bibliografía Complementaria.**

1. Aguilar Gutiérrez, Antonio y otro, Panorama de la Legislación Civil en México, Instituto de Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, México, DF., 1960.
2. Acosta Romero, Miguel y otros, Código Civil para el Distrito Federal ( Vol. I ), Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
3. Acosta Romero, Miguel y otros, Código Civil para el Distrito Federal ( Vol. II ), Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
4. Acosta Romero, Miguel y otros, Código Civil para el Distrito Federal ( Vol. III ), Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
5. Acosta Romero, Miguel y otros, Código Civil para el Distrito Federal ( Vol. IV ), Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
6. Arce y Cervantes, José, De los Bienes, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
7. Arellano García, Carlos, Práctica Forense Civil y Familiar, Vigésimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.

8. Arellano García, Carlos, Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.
9. Azúa Reyes, Sergio T, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
10. Azúa Reyes, Sergio T, Principios Generales del Derecho, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
11. Baqueiro Rojas, Edgar y otro, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Oxford, México, DF., 2000.
12. Bonnacase, Julien, Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia ( TOMO II ); Editorial Porrúa y Editorial Cajica, México, DF., 1975.
13. Borja Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Décimo Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
14. Buen, Demófilo de, Introducción al Estudio del Derecho Civil, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
15. Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales, 33 Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 2001.
16. Chávez Asencio, Manuel F, La Familia en el Derecho; Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Editorial Porrúa, México, DF., 1990.
17. Chávez Asencio, Manuel F, La Familia en el Derecho II ; Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, México, DF., 1992.
18. Chávez Asencio, Manuel F, La Familia en el Derecho III ; Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, Segunda Edición , Editorial Porrúa, México, DF., 1992.
19. Chávez Asencio, Manuel F, La Familia en el Derecho IV; Convenios Conyugales y familiares , Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
20. De Cosío Alfonso, Instituciones de Derecho Civil, Alianza Editorial, Madrid, España, 1975.
21. Domínguez Martínez, Jorge A., Convenio y Contrato, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
22. Domínguez Martínez, Jorge A., Derecho Civil , Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
23. Elías Azar, Edgar, Personas y bienes del Derecho Civil Mexicano, Segunda Edición , Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
24. Flores Gómez Gonzáles, Fernando, Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1996.
25. Galindo Garfías, Ignacio, Teoría General de los Contratos, Editorial Porrúa, México, DF., 1996.
26. Galindo Garfías, Ignacio, Estudios de Derecho Civil , Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
27. Galindo Garfías, Ignacio, Derecho Civil, Treceava Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
28. Gaudemet, Eugene, Teoría General de las Obligaciones, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1984.
29. Gutiérrez y Gonzáles, Ernesto, El Patrimonio, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1995.
30. Gutiérrez y Gonzáles, Ernesto, Derecho Sucesorio, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
31. Gutiérrez y Gonzáles, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Décimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.
32. Herrera Campos, Ramón, La Inseminación Artificial, Universidad de Granada, España, Granada 1991.

33. Hurtado Oliver, Xavier, El Derecho a la Vida, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.
34. Ibarrola, Antonio de, Cosas y Sucesiones, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
35. Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1993
36. Klemmer, Richard H, Hombre/ Mujer en el Matrimonio, Editorial Paz, México, DF., 1970.
37. Lafaille, Héctor, Derecho Civil ( TOMO VII )- Tratado de las Obligaciones ( VI ), Ediar Editores, Argentina, Buenos Aires, 1950.
38. León Mazeaud y Henri y otro, Lecciones de Derecho Civil ( Volumen VII ), Ediciones Jurídicas Europa- América, Argentina, Buenos Aires, 1974.
39. Lutzesco, Georges, Teoría y Práctica de las Nulidades, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
40. Magallon Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
41. Magallon Ibarra, Jorge Mario, Atributos de la Personalidad, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
42. Magallon Ibarra, Jorge Mario, Derecho de Familia Tomo III, Editorial Porrúa, México, DF., 1988.
43. Magallon Ibarra, Jorge Mario, El Sistema de las Obligaciones, Tomo VI, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
44. Magallon Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo VII, Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
45. Mar, Nereo, Guía del Procedimiento Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
46. Márquez González, José Antonio, Teoría General de las Nulidades, Editorial Porrúa, México, DF., 1992.
47. Martínez Alfaro, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
48. Martínez Arrieta, Sergio T, El Régimen Patrimonial del Matrimonio en México, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1991.
49. Mazeaud, Henri y Leon y otro, Lecciones de Derecho Civil ( Vol. IV ), Ediciones Jurídicas Europa- América, Argentina, Buenos Aires, 1974.
50. Molina Valenzuela, Marcos, Practica Forense en materia de contratos ", Primera Reimpresión, Maorl Ediciones Jurídicas, Queretaro, Querétaro, 2001.
51. Montero Duhalt, Sara, Derecho de Familia, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1992.
52. Mora Almaraz, María de Jesús, " Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación " In- Vitro ", Librería Bosch, España, Barcelona, 1988.
53. Morineau Iduarte Marta y otro, Derecho Romano, Tercera Edición, Editorial Harla, 1991.
54. Moto Salazar, Efraín, Elementos de derecho, 40ª. Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1994.
55. Muñoz, Luis, Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Ediciones Modelo, México, DF., 1971.
56. Muñoz, Luis, Teoría General del Contrato, Primera Edición. Cárdenas Editor, México, DF., 1973
57. Pallares, Eduardo, El Divorcio en México, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1987.
58. Perezcano Díaz, Hugo Manuel, La Filiación ante la Fecundación Asistida, México, DF., 1992.
59. Pérez Duarte y Alicia Elena, Derecho de Familia, Instituto de Investigaciones Jurídicas ( UNAM ), México, Distrito Federal 1990.
60. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, Contratos Civiles, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.

61. Peniche López, Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil, Vigésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1997.
62. Planiol, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, Cajica, México, DF., 1980.
63. Planiol, Marcel y otro, Tratado Elemental de Derecho Civil ( Tomo I ), Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, DF., 1991.
64. Planiol, Marcel y otro, Tratado Elemental de Derecho Civil ( Tomo II ), Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, DF., 1991.
65. Planiol, Marcel y otro, Tratado Elemental de Derecho Civil ( Tomo V ), Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, DF., 1991.
66. Planiol, Marcel y otro, Tratado Elemental de Derecho Civil ( Tomo VII ), Segunda Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, DF., 1991.
67. Pina, Rafael de, Elementos de Derecho Civil Mexicano Tomo I, Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
68. Pina, Rafael de, Bienes, Tomo II, Décimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
69. Pina, Rafael de, Obligaciones Civiles, Tomo III, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
70. Pina, Rafael de, Contratos en Particular, Tomo IV, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.
71. Pina, Rafael de Pina y Vara, Diccionario de Derecho, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1994.
72. Quintanilla García, Miguel Ángel, Derecho de las Obligaciones, Enep. Acatlán, México, DF., 1979.
73. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, Vigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
74. Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano Tomo II, Octava Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1993.
75. Rojina Villegas, Rafael, Teoría General de las Obligaciones Tomo III, Vigésimo Primera Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
76. Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil Tomo IV, Vigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
77. Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano Tomo I, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.
78. Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano Tomo II, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
79. Ruiz de Chávez y Salazar, Salvador, Importancia Jurídica y Práctica de las Clasificaciones de los Contratos Civiles, Editorial Porrúa México, DF., 1991.
80. Sánchez Márquez, Ricardo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
81. Sánchez Meda, Ramón, Los Contratos Civiles, Décimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1999.
82. Sánchez Meda, Ramón, Los Grandes cambios en el Derecho de Familia, Vigésima Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1991.
83. Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, Filiación y Delito, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina, Buenos Aires, 1990.
84. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, DF., 1994.

85. Diccionario Nuevo Jurídico Mexicano ( Instituto de Investigación Jurídica UNAM ), I-O, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.
86. Diccionario Nuevo Jurídico Mexicano ( Instituto de Investigación Jurídica UNAM ), O-Z, Editorial Porrúa, México, DF., 1998.

**OTRAS FUENTES.**

Quevedo de Carrera, Rosa Edilia, Los efectos de la procreación humana artificial a las Instituciones del Derecho Civil, Revista Locus regis Actum, N° 16 Nueva Época, Tabasco 1998.

Gisbert Calabuig, J.A., Técnicas de Reproducción Asistida, Revista Mexicana de Justicia, Nueva Época N° 10, México, 2000.

**ENCICLOPEDIA ENCARTA 2001.**

<http://www.scjn.gob.mx>.

<http://www.ssa.gob.mx>.

[http://www.uexternado.edu.co/derecho\\_y\\_vida/](http://www.uexternado.edu.co/derecho_y_vida/).

<http://www.eurosur.org/FLACSO/mujeres/colombia/legi-3-htm-6k>.

<http://www.isis.cl.centrodoc/categ.htm>.

[http://www.geocities.com/joaquincamacho/BIOETI01\\_ \\_htm](http://www.geocities.com/joaquincamacho/BIOETI01_ _htm).

<http://www.multimedios.org/docs>.

<http://www.gire.org.mx.aborto/a5html-48k>.

<http://www.fempres.cl/descriptores.htm-19k>.

<http://www.fao.org/WAICENT/FAOINFO/Agricult/esp/revista/9091sp1.htm>.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

[http://www.cima.org-mx/noticias/01sep/1092805.html.6k.](http://www.cima.org-mx/noticias/01sep/1092805.html.6k)

[http://www.fua.edu.co/autónoma/postgrados/dcrecho/defamili.](http://www.fua.edu.co/autónoma/postgrados/dcrecho/defamili)

[http://www.ub.es/fildt/master3e.htm.](http://www.ub.es/fildt/master3e.htm)

[http://www.asesor.com.pe/telecy/Artículo/Genética\\_.htm.](http://www.asesor.com.pe/telecy/Artículo/Genética_.htm)

[http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/biotecnologia\\_ter3e.html.](http://www.vidahumana.org/vidafam/repro/biotecnologia_ter3e.html)

[http://www.euvitro.com/castellano/tecnicas.htm.](http://www.euvitro.com/castellano/tecnicas.htm)

[http://www.convención.org.vy/menu3-01.htm.](http://www.convención.org.vy/menu3-01.htm)

[http://www.Arrakis.es/-somos/xt61/news.htm.](http://www.Arrakis.es/-somos/xt61/news.htm)

[http://www.lamorada.com/dsr-maternidad.htm.](http://www.lamorada.com/dsr-maternidad.htm)

[http://www.cimac.org.mx/noticias/00dic/00120406.htm.](http://www.cimac.org.mx/noticias/00dic/00120406.htm)

[http://www.prensamujer.com/020124/salud.htm.](http://www.prensamujer.com/020124/salud.htm)

<http://www.portaley.com/biotecnologia/bio5.shtm/>

[http://www.cuadernos.bioetica.org/bibliografia-xv.htm.](http://www.cuadernos.bioetica.org/bibliografia-xv.htm)

[http://www.buenosaires.com-ar/etica-libertad.htm.22k.](http://www.buenosaires.com-ar/etica-libertad.htm.22k)