

00721 a
445



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

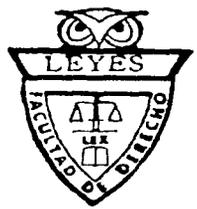
INCONGRUENCIA DE LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE
FECUNDACION ASISTIDA POST-MORTEM

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

IROEL DAVID JUAREZ DUARTE



ASESOR: DR. JOSE DE JESUS LOPEZ MONROY

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PAGINACION DISCONTINUA

b

DEDICATORIA

A DIOS.

En agradecimiento de la compañía y perseverancia que me permitió en los momentos difíciles, a Él cual confianza de mis acciones y superación.

A CADER.

Reflejo de unión, confianza, apoyo y comprensión, ante los agrestes caminos por recorrer. Gracias por sus desvelos, consejos y atención.

A MIS MAESTROS.

Agradecimiento sincero a todos y cada uno de mis maestros, y en especial a la Maestra "ANGELITA", consejos y correctivos que permiten mi superación.

AL DOCTOR JOSE DE JESÚS LOPEZ MONROY.

Por sus consejos y apoyo en la realización del presente trabajo. GRACIAS.

AI LICENCIADO JUAN GUILLERMO DUARTE HERNÁNDEZ.

Por sus enseñanzas, reprimendas y consejos vertidos en el plano laboral. GRACIAS.

A LA LICENCIADA ELVIRA NERIA RODRÍGUEZ.

Por su confianza ante el difícil camino del litigio. GRACIAS por sus consejos.

A TODOS Y CADA UNO DE LOS INTEGRANTES DE MI FAMILIA.

Por sus consejos, compañía y desinteresado apoyo.

A LA FAMILIA BERISTAIN RODRÍGUEZ.

Muestra de fe y perseverancia ante los agrestes caminos de nuestro destino.

A TODOS Y CADA UNO DE MIS AMIGOS.

Vitalidad de la Facultad de Derecho en nuestra generación, a los sinceros e inseparables de Felipe Angeles, y a todos y cada uno de quienes permiten que los momentos sean agradables en su compañía.

C

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CCDF	Código Civil para el Distrito Federal
CPCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
CCF	Código Civil Federal
LGS	Ley General de Salud
RLGSMIS	Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud
LOTSJDF	Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

d

INDICE

INTRODUCCIÓN

Página

CAPITULO PRIMERO.- FECUNDACIÓN ASISTIDA POST-MORTEM

1.1 Genética y Derecho	1
1.2 Fecundación asistida	2
1.2.1 Concepto	5
1.2.2 Consideraciones generales	6
1.3 Fecundación asistida post-mortem	10
1.3.1 Concepto	11
1.3.2 Consideraciones generales	14
1.3.3 El consentimiento del cónyuge en la practica de la fecundación post-mortem	21
1.3.4 Aspectos jurídicos de la críoconservación de gametos	24
1.3.5 Aspectos jurídicos de la críoconservación de embriones	26

CAPITULO SEGUNDO.- DECLARACIÓN DEL VINCULO PATERNO-FILIAL EN LOS CASOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA POST-MORTEM

2.1 El vinculo paterno-filial	28
2.1.1 Concepto	29
2.1.2 Clasificación	32
2.1.3 Consideraciones generales	36

e

2.1.4 Efectos jurídicos del vínculo paterno-filial	37
2.2. El vínculo paterno filial de los concebidos mediante métodos de fecundación asistida	38
2.3 La filiación y el reconocimiento de los hijos concebidos post-mortem	41
2.3.1 Declaración del vínculo paterno-filial mediante acta de nacimiento, acta especial, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa	44
2.3.2 Parentesco existente entre el concebido post-mortem y el presunto padre	50
2.4 La declaración del vínculo paterno filial competencia del Juez de lo Familiar	53
2.4.1 El juicio contradictorio de investigación de paternidad	54
2.4.2 Acción de Investigación de Paternidad	57
2.4.3 Consideraciones generales	58
2.4.4 Procedencia de la acción	61
A) Investigación de paternidad y la vida de los padres	62
B) Procedencia de la acción en contra de los herederos del supuesto Padre	63
2.4.5 Pruebas determinantes para acreditar el parentesco	65
A) Prueba pericial en genética (Idoneidad y certeza jurídica)	70

CAPITULO TERCERO.- INCONGRUENCIA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES DEL CCDF EN LOS CASOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA POST-MORTEM

3.1 El reconocimiento de los hijos mediante sentencia ejecutoriada	76
3.1.1 Necesidad del juicio de investigación de paternidad para acreditar la filiación	77

f

3.1.2 Necesidad de la prueba pericial en genética	78
A) Exhumación de cadáver, acto necesario para el desahogo de la prueba pericial en los casos en que se carece de muestra	83
3.1.3 Efectos jurídicos del reconocimiento de los hijos (artículo 389 CCDF)	85
3.2 El patronímico de l concebido POST-MORTEM	88
3.2.1 Las actas de nacimiento como forma de acreditar el vínculo paterno filial	88
3.2.2 Imposible comparecencia del padre del concebido post-mortem ante el juez del Registro Civil	90
3.3 El hijo concebido post-mortem y su derecho a percibir alimentos de la sucesión	92
3.3.1 El hijo póstumo y los casos de fecundación post-mortem	95
3.3.2 El derecho del concebido post-mortem a recibir alimentos	98
3.4 Los concebidos post-mortem en la sucesión de su padre biológico	101
3.4.1 Consideraciones generales	102
3.4.2 Las ilegales sustituciones fideicomisarias, única forma de reservar la herencia para el concebido post-mortem	106
3.4.3 El concebido post-mortem en la sucesión testamentaria	109
3.4.4 Improcedencia de la sucesión legítima, respecto de los concebidos post-mortem	112
3.4.5 Falta de personalidad del concebido post-mortem para suceder a su padre biológico	115
3.5 Ejecución de sentencia derivada del juicio de reclamación de filiación conyugal.....	117
3.5.1 Actuación del Juez del Registro Civil	118

A) Redacción del acta de nacimiento (reconocimiento de un hijo concebido post-mortem) 119

B) Acta de nacimiento, sin ningún efecto legal120

CAPITULO CUARTO.- REFORMAS QUE SE PROPONEN AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 Fecundación post-mortem, incongruencia del Código Civil para el Distrito Federal125

4.2 El dilema entre legalidad y justicia, respecto de los derechos de los concebidos post-mortem 129

4.3 Reformas y adiciones que se proponen al Código Civil para el Distrito Federal 131

ANEXO 1

ANEXO 2

ANEXO 3

ANEXO 4

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

h

INTRODUCCIÓN

Ante el momento histórico que nos toca vivir, y atento al desarrollo científico y tecnológico, resulta innegable la pertinente actuación del legislador en cuanto a su actividad de actualizar las leyes vigentes para tener en ellas disposiciones claras, expresas y congruentes, con las figuras jurídicas contenidas en la propia legislación, y atendiendo las necesidades de los destinatarios de la ley.

No obstante el añorado afán antes citado, la realidad social y jurídica de nuestro país demuestran aspectos totalmente contradictorios, pues en no pocas ocasiones se legisla en atención a algún interés internacionalista o pretendiendo una legislación en términos de la vanguardia internacional, primeramente incongruente con la legislación nacional, y aún peor, con un contenido diverso a la idiosincrasia de la población.

En este tenor diversas legislaturas estatales en aras de obtener mayor seguridad social, establecieron en sus respectivos ordenamientos legales, cuestiones sumamente novedosas, con lo que se pretendió legislar en torno al desarrollo científico y tecnológico antes citado, y atendiendo las opiniones de destacados maestros, pero en no pocas ocasiones se omitió un análisis minucioso de las consecuencias y efectos jurídicos de dicha regulación.

Lo anterior, se presenta atento a la actuación de la ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL por lo que hace al Código Civil

vigente en dicha localidad, expedido mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25 de mayo del año 2000, y que entro en vigor el 1º de junio del mismo año. El ordenamiento legal en cita regula figuras novedosas y vanguardistas, como es el caso de los aspectos de la fecundación asistida. El legislador establece en forma expresa los derechos y obligaciones de los concebidos mediante dichos métodos, sin existir distinción alguna con los señalados en favor de los concebidos en forma natural mediante la cópula, lo que resulta trascendental para el disfrute de los derechos consagrados en la legislación.

Pero sin un análisis generalizado, y mucho menos en lo particular, el legislador contempló en dicho ordenamiento legal figuras totalmente incongruentes con el propio ordenamiento, así como con la diversidad de leyes aplicables en el Distrito Federal, tal es el caso de la FECUNDACIÓN ASISTIDA POST-MORTEM, consistente en la inseminación de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja, mismo que ha fallecido con anterioridad a dicha inseminación, lo que es posible mediante la labor de los bancos de semen.

Es decir, con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial por causa de la muerte del cónyuge, la esposa concibe un hijo de su esposo mediante la aplicación de los métodos de fecundación asistida.

Con la figura en comento, diversidad de disposiciones legales resultan anacrónicas y obsoletas, por ello en el presente trabajo, pretendemos demostrar la incongruencia existente en torno a la regulación de dicha figura,

así como establecer las consecuencias jurídicas derivadas de su sola existencia en la ley, y en este sentido nos concretaremos a los siguientes puntos:

I.- El análisis de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, para efecto de demostrar la existencia de la figura jurídica denominada **FECUNDACIÓN POST-MORTEM**;

II.- Establecer los conflictos a que estarán sujetos los concebidos post-mortem, cuando pretendan documentar el vínculo paterno filial correspondiente, ello ante la improcedencia de los medios contemplados en el Código Civil para el Distrito Federal, a saber: acta de nacimiento, acta especial, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa, así como la dificultad que tendrán para que sean reconocidos sus derechos correspondientes derivados del vínculo de filiación, aún cuando exista sentencia ejecutoriada que así lo decrete, y aún cuando exista el nexo biológico correspondiente, comprobado mediante el análisis de pruebas periciales en genética (ADN), analizando en este punto los diversos criterios jurisprudenciales que se han dictado al respecto en cuanto a la idoneidad, y los que se han dictado atendiendo la admisión y desahogo de dichas probanzas; y

III.- La propuesta del sustentante para efecto de prohibir en forma expresa y definitiva la practica de la múlticada figura, para de esta forma evitar las múltiples e injustas consecuencias jurídicas que a lo largo del presente trabajo se enunciaran, y las cuales probablemente se eviten mediante la aplicación de los denominados Principios Generales del Derecho los que conjuntamente con los criterios jurisprudenciales quizás reconozcan los derechos de los concebidos post-mortem, pues de lo contrario en la innovación del Código Civil para el Distrito Federal, se dejará en estado de indefensión y en completa desigualdad e injusticia a los así concebidos.

Por lo anterior, atento al contenido del presente trabajo y principalmente por lo que hace a las conclusiones expresadas, se pone en consideración del legislativo competente las reformas apuntadas como necesarias a efecto de establecer una igualdad y respeto entre los iguales, según los cánones establecidos.

CAPITULO PRIMERO.- Fecundación asistida post-mortem

1.1 Genética y Derecho

En los albores del siglo XXI los descubrimientos y avances científicos han abierto un nuevo panorama acerca del comportamiento humano, ante el pleno reflejo de una revolución biológica, por lo que han sido establecidos procedimientos tan sobresalientes como son: el análisis del genoma humano con la consecuente aplicación de ingeniería genética¹, lo relativo a la aplicación de terapias génicas en el tratamiento de enfermedades, y respecto de la evolución de los métodos de fecundación asistida, entre otros.

Ante la innegable expansión y progreso, los procedimientos señalados deben seguir con el noble fin de mejorar las condiciones de la vida humana, sea para evitar enfermedades hereditarias mediante el análisis genético, o bien, el surgimiento de fármacos que serán diseñados para cada paciente, según el previo conocimiento molecular, así también debe proseguir la evolución de los métodos de fecundación asistida como paliativo en los casos de esterilidad humana, pero ante todo dicha evolución debe evitar lesionar los derechos humanos y con ello la dignidad del ser humano.

Pero, al igual que los avances biológicos y científicos proporcionan avances positivos, también establecen significativos cambios en los individuos y las

¹ Actividad que ha permitido la manipulación de las células humanas, y con lo que será posible descifrar el genoma humano en su totalidad (Tecnología del ADN)

sociedades, cambios que generalmente se encuentran al margen del Derecho, ello en virtud del desmesurado y acelerado desarrollo de los avances científicos. Con lo anterior, al existir rezago legislativo, el Derecho omite establecer limitantes al desarrollo científico, fin primordial de éste al establecer límites a la libertad de los individuos.

Es por ello que la legislación debe ser congruente y objetiva con la realidad social, previendo las consecuencias jurídicas futuras en la interacción del Derecho con otras Ciencias. Por lo que resulta innegable la actualización constante de los ordenamientos legales para evitar la transformación del Derecho en una Ciencia obsoleta e inaplicable.

Ante la debida actualización de los ordenamientos jurídicos, se presume la sobresaliente eficacia de la Ley, pero como consecuencia se requerirá una adecuada aplicación de ésta por los Órganos Jurisdiccionales en la solución de controversias concretas, lo que implica una mejor preparación y actualización de los integrantes del Poder Judicial en las diversas competencias existentes.

1.2 Fecundación asistida

Los avances científicos y tecnológicos se han diversificado, con todas las consecuencias derivadas, pues a decir de la maestra Moro Almaraz, "Se ha llegado a un momento de la historia de la humanidad donde conceptos inveterados e inmutables se tambalean y sufren con el (terremoto) de la eclosión de los descubrimientos y los avances. La era de la ciencia y de la técnica ha

comenzado su inmersión en la propia mente humana; y sentimientos e ideas se perciben trastocados." ²

Para efectos del presente trabajo, y sin desdeñar la importancia de los avances científicos de actualidad, únicamente nos referiremos a aquellos aspectos de fecundación asistida, considerada como practica terapéutica en la solución de los problemas de esterilidad.

Con el pretendido afán antes señalado, se demuestra que la práctica de la fecundación asistida ha tenido un éxito excesivo. Pero es de señalarse que en el desarrollo de la fecundación asistida en muchos casos se fijaron otras metas, y en consecuencia ha sido posible la extracción de gametos humanos, con la posibilidad de congelarlos, donarlos, "desecharlos", o bien, lo más grave a nuestro juicio, efectuar ingeniería genética sobre éstos. Fue común escuchar al tiempo de elaboración de la presente tesis diversidad de comentarios al respecto de la clonación de seres humanos, todo ello debido a que supuestamente en el mes de enero del año 2003 nacería el primer ser humano clonado, y que en las siguientes semanas nacerían dos bebes más, ³ información que dejó perplejo al propio ser humano, demostrándose que realmente si existen intereses ajenos al desarrollo de la humanidad, pero que a la fecha han sido solo rumores sin demostrarse.

² Moro Almaraz, Ma. Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Editorial Librería Bosch, Barcelona, 1988. p. 197

³ "La Prensa", Periódico Informativo de la Ciudad de México correspondiente al Miércoles 27 de noviembre de 2002, p.12, correspondiente al domingo 1 de diciembre del 2002.

Ante el inexorable desarrollo de los métodos de fecundación asistida, resultó inevitable la intervención del ser humano en los procesos reproductivos, con lo que logró colocarse ante el conocimiento de su propio origen.

Otra de las metas trazadas por el ser humano, es la de pretender obtener la grandiosa y terrible inquietud de doblegar los límites de la evolución humana, ante el mefistofélico plan de reproducción de seres humanos en la interacción del laboratorio (ectogenesis), cual si fuera el relato anticipado de Aldous Huxley.⁴

Tal como previamente lo señalaron los maestros Dr. Ernesto Gutiérrez y González⁵ y el Dr. Flavio Galván Rivera⁶, los aspectos derivados de la aplicación de los métodos de fecundación asistida, han puesto en seria crisis al Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Civil, y en el caso que nos ocupa, se señalaran los efectos reflejados en el Derecho Familiar. Rama del Derecho que ha resultado seriamente afectada al haberse desnaturalizado figuras jurídicas de entre las que se destacan la filiación, el matrimonio, las sucesiones mortis-causa, entre otras.

Pues como señala el Dr. Gutiérrez y González:

“ LA BASE MISMA DE LA FAMILIA SE TRANSTORNARÁ, Y TODO ESE AMPLIO CAMPO JURÍDICO QUE LO RIGE ASÍ COMO EL ERECHO SUCESORIO, CARECERÁN DE SENTIDO COMO HOY SE REGULAN ”⁷

⁴ Aldous Huxley, Un mundo feliz, Ed. Porrúa, Colección Sepan Cuantos, México, 1994

⁵ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho Sucesorio. Inter. Vivos y Mortis causa, Editorial Porrúa, México, 1998. p. 288

⁶ Revista Jurídica de Posgrado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año I, No. 2, Abril, Mayo y Junio de 1995. p. 75

⁷ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. p.288

1.2.1 Concepto

Artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

" Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga y heteróloga) e incluye la fertilización in vitro."

Del contenido del párrafo anterior no se desprende la existencia de un verdadero concepto, pues el legislador se concreta a señalar los métodos de fecundación asistida permitidos en México, los que de igual forma carecen de un concepto que señale su consistencia, por lo que resulta ser una disposición incongruente y anacrónica.

Para el Dr. Eduardo Zanoni A.⁸, es "una técnica o método, si se prefiere que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer."

El concepto citado resulta incompatible con la realidad, pues actualmente en algunos países (verbigracia, España), se permite que los métodos de fecundación asistida se apliquen no sólo a los cónyuges, sino a cualquier persona que requiera de su aplicación, incluso personas solteras (cabe señalar que esta posibilidad no se contempla en el contexto de la legislación civil para el Distrito Federal). Asimismo, no únicamente se aplican en forma terapéutica, por

⁸ Zanoni, Eduardo A., Inseminación artificial y fecundación extrauterina. Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 43

la simple razón de permitirse la fecundación asistida en personas solteras, cuando estas tienen la posibilidad de concebir en forma natural. Por lo que se requiere un concepto más amplio y actualizado.

Según el Dr. Flavio Galván Rivera⁹, "es el conjunto de técnicas o métodos, y procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos, por personal profesional especializado."

El anterior concepto contempla los aspectos que la realidad científica y social vigente requieren. No obstante lo anterior, y sin pretender caer en la casuística, consideramos que es necesario contemplar lo relativo a la implantación del embrión, ya que actualmente en la aplicación de los métodos de fecundación asistida no sólo se realiza la manipulación de gametos, sino también es posible la manipulación de embriones, los cuales con posterioridad pueden ser implantados en el seno materno.

1.2.2 Consideraciones generales

Vasto ha sido el desarrollo de los métodos de fecundación asistida, con ellos se ha pretendido contrarrestar los obstáculos orgánicos en la concepción de seres humanos, que entre otros se distinguen:

- * **Inseminación artificial.** Que puede ser practicada mediante transferencia intratubaria de gametos sea: intracervical, intravaginal, intrauterina.

⁹ Galván Rivera Flavio. Op. cit. p.76

* **Fecundación in vitro.** Que puede ser practicada entre otras formas mediante transferencia del embrión al útero, con transferencia a la trompa de falopio de uno o más huevos fecundados, mediante inyección intra citoplasmática.

* **Maternidad subrogada.** Requiere la Intervención de una mujer (madre subrogada), en quien se han de inocular óvulos provenientes de una segunda mujer denominada madre subrogante, (generalmente fecundados con gametos de su cónyuge). Se pretende que la madre subrogada realice la gestación del embrión, y una vez desprendido del seno materno, ésta renuncie a su maternidad, entregando el producto de la concepción a la madre subrogante y su cónyuge, quienes a partir de ese momento fungirán como padres del hijo así concebido.

Dicho procedimiento puede resultar aún mas complicado, si en él intervienen donadores tanto de óvulos y espermatozoides, pues existirá el conflicto de saber quienes son los padres del concebido, (1) los que contratan la maternidad subrogada, (2) la mujer que gesta al hijo, conjuntamente con su esposo, o (3) los que aportan los gametos para efecto de la concepción.

* **La ectogenesis.** Procedimiento que se propone la reproducción de seres humanos en la interacción del laboratorio, omitiendo la intervención de la mujer en lo referente a la gestación del producto. Pero no obstante las

grandes aportaciones económicas, y principalmente los esfuerzos científicos, no ha sido posible su éxito.

Debido a que algunas de las figuras antes señaladas se caracterizan por su complejidad y su reciente aplicación en el orbe nacional, resulta evidente el atraso legislativo, por lo que algunas de estas figuras subsisten al margen del orden jurídico, pues su práctica se deriva del simple argumento de no estar prohibidas por la ley, y en consecuencia se consideren permitidas.

Conjuntamente con lo anterior, es de señalarse que las disposiciones jurídicas contenidas en la Ley General de Salud y en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, fueron establecidas en una forma muy general, lo que causó las lagunas jurídicas existentes.

Como quedó ya establecido, aun cuando se carece de una regulación básica en materia de fecundación asistida, el legislador del Distrito Federal, mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 25 de mayo del año 2000, expidió el Código Civil para el Distrito Federal (Código Civil para el Distrito Federal), que contempló algunos aspectos derivados de la práctica de la fecundación asistida, a saber:

- Permite la práctica de cualquier método de fecundación asistida, como derecho exclusivo derivado del matrimonio (artículo 162 Código Civil para el Distrito Federal);

- Se establece como causal de divorcio la práctica de fecundación asistida cuando se practique sin consentimiento del cónyuge (artículo 267, fracción XXI Código Civil para el Distrito Federal);
- Se atribuye el carácter de hijos consanguíneos a los concebidos mediante métodos de fecundación asistida (artículo 293 Código Civil para el Distrito Federal); y
- Se declara la improcedencia de la impugnación de paternidad de los hijos concebidos por estos métodos, cuando se haya expresado el consentimiento para su aplicación (artículo 326 y 329 Código Civil para el Distrito Federal).

No obstante lo trascendental de la reforma, los legisladores en ningún momento realizaron un debate en magnitud de las figuras jurídicas propuestas. Pues el Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, contiene sólo discursos que adulan la "grandiosa" reforma, señalando que ésta respondía a una exigencia social, con la que se resguardaban los derechos de la mujer, pero dichos discursos omitieron referirse a la regulación en materia de fecundación asistida, respecto a sus cauces y conflictos que de ellos se derivan, y aún peor resultó omitir el debate en los aspectos derivados de la fecundación asistida post-mortem, que actualmente es contemplada en el Ordenamiento Sustantivo Civil del Distrito Federal.

1.3 Fecundación asistida post-mortem

El legislador del Distrito Federal, al expedir el Código Civil para el Distrito Federal estableció diversas figuras jurídicas que pretendían otorgar mayor seguridad jurídica en beneficio de la sociedad, pero no obstante ello, también fueron contempladas figuras totalmente incongruentes con la legislación local y federal, como es el caso de la denominada **FECUNDACION ASISTIDA POST-MORTEM**.

"... se destaca la anunciada posibilidad de concebir después de la muerte. Se afianza entonces la idea de que nos enfrentamos con una nueva paternidad que es la consecuencia de una paulatina modificación de los componentes de la sociedad burguesa que ha propiciado la profundización de investigaciones genéticas."¹⁰

"... con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la fecundación asistida post-mortem se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal, pero jurídicamente extramatrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala el Código Civil (artículo 324, fracción II) para presumir que se trata de hijo de los cónyuges."¹¹

¹⁰ Moro Almaraz. Op. cit. p. 200

¹¹ Vid. Molezuma Barragán, Gonzalo.
http://www.hemerodigital.unam.mx/ANUIES/itam/estudio/letras16/notas2/Int_2.html

1.3.1 Concepto

"Se entiende por fecundación post-mortem, los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la pareja fallecido, y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido."¹²

Del citado concepto se señala la existencia de una pareja estable, entendiéndose que no sólo se refiere a la pareja unida en matrimonio, no obstante lo anterior, en la legislación Civil para el Distrito Federal, se limita el uso de los métodos de fecundación asistida exclusivamente en favor de los cónyuges.

Artículo 162 CCDF.- " 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 señale la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

¹² Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. Fecundación in vitro y la filiación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993. p.125

Asimismo, se desprende que es necesaria la conservación de gametos del cónyuge fallecido, lo que se logra con la intervención de instituciones especializadas para su resguardo (crioconservación). También se requiere del previo consentimiento del cónyuge para que su pareja se insemine en forma asistida con su material genético, aún cuando ésta se practique con posterioridad a su muerte. Por lo anterior, se desprende que la fecundación asistida post-mortem, forzosamente será "homóloga", es decir, sólo se practica con material genético de los propios cónyuges o pareja estable.

"Cuando se alude a la fecundación post-mortem se piensa siempre en la utilización de los gametos del marido o compañero. Tratándose del primero el matrimonio se ha disuelto y la filiación no puede calificarse de matrimonial, estrictamente. En el segundo caso la filiación será siempre no matrimonial, la dificultad descansa en la forma en que se determinará la paternidad."¹³

Aún cuando se tratará con mas detenimiento lo siguiente, nos es imprescindible señalar que en el Distrito Federal, es improcedente impugnar la paternidad de los hijos concebidos mediante la aplicación de métodos de fecundación asistida, por ello se establece que los hijos nacidos por estos métodos, y aún cuando nacieren fuera de los plazos y términos legalmente establecidos se consideran hijos de los cónyuges, es decir, que han nacido dentro de matrimonio. Presunción que resulta incompatible con las disposiciones vigentes del CCDF, pues aún cuando sea hijo de matrimonio, complejo será materializar el reconocimiento de los hijos atento a los medios que se

¹³ Moro Almaraz. Op. cit. p. 247

contemplan en la legislación. Por ello, y en virtud de tratarse de hijos nacidos dentro de matrimonio se considera procedente la acción de reclamación de filiación conyugal, pues aun cuando el matrimonio se ha disuelto, se liga al hijo con sus padres biológicos, mediante la existencia de la presunción legal antes citada (Vid. Capítulo 2.4.3).

El concepto de fecundación post-mortem hace referencia también a la implantación de embriones, como forma para practicarla. Pero con las siguientes consideraciones pretendemos demostrar que la implantación de embriones, no resulta aplicable al contexto de la fecundación asistida post-mortem, principalmente porque, debido a que la implantación de embriones implica la previa realización de una fecundación in vitro, según sea con gametos de los cónyuges o con participación de un donante, en consecuencia si acaece la muerte del cónyuge, ya hay la concepción del hijo, independientemente de que éstos no estén implantados en el útero de la cónyuge. Y por el contrario, en el caso de la fecundación asistida post-mortem, con posterioridad a la muerte del cónyuge, la esposa se insemína con material genético de su marido, es decir, hay la concepción del hijo con posterioridad a la muerte del marido.

A decir de la maestra Moro Almaraz con el establecimiento de la fecundación post-mortem:

“ . . . Se superaba así la barrera de la muerte para concebir a un hijo, alterándose la tradicional concepción del vínculo paterno filial y originando graves cuestiones respecto a la paternidad y a la Sucesión

de quien pueda nacer de un procedimiento totalmente ajeno a la vida del progenitor."¹⁴

1.3.2 Consideraciones generales

Una vez expuesto el concepto de fecundación asistida post-mortem, analizaremos los aspectos generales derivados de su práctica.

Como primer punto, procederemos a demostrar su existencia. Ésta se desprende del contenido del artículo 329 del Código Civil del Distrito Federal, pues de presentarse la disolución del vínculo matrimonial por muerte del cónyuge, la única forma de fecundar a la esposa con material genético de su cónyuge será mediante la aplicación de los métodos de fecundación asistida, con lo que se concreta lo señalado en la parte final del artículo en cita

"Artículo 329 CCDF.- 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."

¹⁴ Ibid. p. 247

De esta forma, el legislador del Distrito Federal pretendió fijar su postura en la "vanguardia internacional", no obstante, el notorio atraso legislativo existente en dicha localidad.

Algunos Estados de la República Mexicana, analizando previamente las controversias derivadas de la regulación de materias de esta naturaleza, optaron por prohibir la práctica de fecundación asistida post-mortem. Así en el Estado de Coahuila de Zaragoza, se prohibió su práctica, al establecer que a causa de la muerte, queda revocado el consentimiento expresado por el cónyuge para que su esposa se someta a la práctica de los métodos de fecundación asistida, lo anterior se desprende de la redacción del siguiente artículo:

Artículo 487 Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza (Del 25 de junio de 1999). - El consentimiento a que se refiere el artículo anterior, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación.

Diversas opiniones se han derivado ante la existencia de los aspectos de fecundación asistida post-mortem, las que se pueden clasificar en las siguientes tres posiciones:

PRIMERA. Los que proponen su prohibición. Posición que defiende la Iglesia Católica (Instrucción del Vaticano sobre Problemas de Bioética, de 10 de mayo de 1987), la Ley Sueca (en su artículo 2, que limita la inseminación a la

mujer casada o que cohabite con un hombre en condiciones semejantes al matrimonio).

SEGUNDA. Aquellos que entienden que no puede ser prohibida la fecundación asistida post-mortem, pero que a los concebidos mediante esta figura, se les debe privar de sus derechos sucesorios respecto de su padre biológico, es decir, de aquél que consintió en el uso de sus gametos para la concepción (Contenido del Informe Warnock y por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas Española, mismas que se transcriben a continuación:

*** RECOMENDACIONES CONTENIDAS EN EL «INFORME DE LA COMISION DE INVESTIGACION SOBRE FECUNDACION Y EMBRIOLOGIA HUMANA» (Londres, julio 1984)**

61. " Debe introducirse una legislación que prevea que cualquier niño nacido a partir de una IAC (Inseminación artificial del cónyuge) y que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no sea tenido en cuenta para sucederle o heredarle."

*** RECOMENDACIONES DE LA COMISION PALACIOS (ESPAÑA) [359-374] INFORME DE LA COMISION ESPECIAL DE ESTUDIO DE LA FECUNDACION «IN VITRO » Y LA INSEMINACION ARTIFICAL HUMANA (aprobado en el**

Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión el día 10 de abril de 1986).

13. " Deberá legislarse que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o herencia del fallecido. "

61. " Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrán ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido."

Posición a la que en forma indirecta se adhiere el Código civil para el Distrito Federal, pues al no estar al menos concebido a la muerte del supuesto padre, el concebido post-mortem carece de personalidad jurídica para reclamar su porción hereditaria. (Punto que será analizado en los capítulos siguientes).

TERCERA.- Posición que se sustenta por el criterio de la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, (Ley 35 del 22 de noviembre de 1988) que en el párrafo segundo del artículo 9, permite la práctica de fecundación asistida post-mortem, siempre que exista consentimiento del cónyuge, otorgado en escritura pública o testamento, y que su material genético sea utilizado para fecundar a su esposa dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento, y que es el siguiente:

" 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas."

La posición antes señalada encuentra sustento atento al contenido de la legislación civil española, ya que jurídicamente es posible reservar la porción hereditaria en favor de personas que aún no existen, mediante la figura denominada sustitución fideicomisaria, por lo que es posible la concepción de

un hijo con posterioridad a la muerte del propio padre biológico, sin que ello sea obstáculo para ser sujeto de los derechos hereditarios correspondientes.

En aplicación de las denominadas sustituciones fideicomisarias, es necesaria la intervención de una tercera persona quien administrará los bienes objeto de la sucesión, y quien adquiere la obligación de entregarlos al heredero o a quien sus derechos represente, cuando éste nazca vivo y viable.

Artículo 781 Código Civil Español. " Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. "

Las disposiciones antes señaladas resultan incongruentes con el sistema jurídico civil del Distrito Federal, ya que en forma expresa se prohíbe la práctica de las sustituciones fideicomisarias.

Artículo 1473 Código Civil para el Distrito Federal. " Quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias y cualquiera otra diversa e la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se la revista. "

Es por ello que en el Distrito Federal es incongruente la posibilidad de reservar los derechos hereditarios en favor de una persona que aún no ha sido concebida, y aún mas difícil será, si antes de dicha concepción acaece la muerte del supuesto padre biológico.

No obstante las anteriores consideraciones, el maestro Manuel Chávez Asencio señala:

" Revisar el capítulo de la Sucesión para los supuestos de concepción por inseminación después de muerto un cónyuge, fijando la posibilidad de la fecundación, solo dentro de un breve termino después de muerta la persona que dio su gameto." ¹⁵

Posición de la que discrepamos, debido a que no únicamente se deberá modificar el capítulo relativo a las Sucesiones, como lo señala el prestigiado maestro, sino también han de ser objeto de reformas las siguientes:

* Se debe analizar lo relativo a la elaboración de un testamento, ya que se deberá legislar en el sentido de tener que dejar alimentos al hijo que será concebido en un futuro, aún con posterioridad a la muerte del testador, so pena de ser declarado inoficioso.

* Modificar lo relativo a las disposiciones aplicables a la viuda que ha quedado encinta, a efecto de contemplar el derecho a alimentos en favor de la esposa, una vez que ésta sea fecundada post-mortem.

¹⁵ Revista Jurídica (Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana). Numero 23. Año 1995-I. p. 205

* Modificar el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, a efecto de transformar las técnicas de fecundación asistida en un capricho de la pareja para concebir hijos que conscientemente carecerán de un padre, y no como un medio terapéutico para solucionar la esterilidad.

Además, consideramos acertado lo expresado por el maestro Jaime Vidal Martínez al manifestar que " resulta injusto respecto al hijo, y por tanto indeseable programar su venida al mundo, cuando ya su progenitor no se encuentra en él", y concluye el autor, " ningún derecho tiene la viuda a ser inseminada con el semen de su marido fallecido, ni siquiera en el caso de que éste hubiese manifestado su última voluntad en ese sentido, pero naturalmente, goza de libertad para someterse a esta practica, en el caso de que algún profesional se avenga a ello "; pues él mismo reconoce que " amen de recordar el principio general de libertad que propugna nuestro ordenamiento, . . . las prohibiciones pueden resultar inútiles ante el hecho consumado." ¹⁶

1.3.3 El consentimiento del cónyuge en la práctica de la fecundación post-mortem (formalidades, vigencia y validez del consentimiento)

La fecundación asistida post-mortem existe como consecuencia del no haberse fijado la vigencia del consentimiento expresado por el cónyuge para que su esposa sea inseminada artificialmente con material genético proporcionado

¹⁶ Vidal Martínez, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana. Madrid. Editorial Civitas, 1988. p.148

por aquél, por lo que al carecer de dicho plazo, es posible la inseminación artificial aún cuando el otorgante del consentimiento hubiere fallecido.

Por lo anterior, del contexto del Código Civil para el Distrito Federal se desprende que el consentimiento otorgado resulta ser vitalicio para la cónyuge. Pero de ser así, el documento en que conste el consentimiento sería muy cuestionado, aún más cuando la fecundación se practique con posterioridad a la muerte del otorgante.

La legislación española, a efecto de resolver el conflicto antes señalado, permite expresar el consentimiento mediante escritura pública o testamento.

Ambos en el contexto de la legislación civil para el Distrito Federal y de la legislación aplicable, resultan totalmente incongruentes, primeramente porque las facultades de los notarios públicos no lo permiten, lo anterior, si se pretendiera expresar en escritura pública, (en este aspecto nos remitimos a lo expuesto en el punto 2.3.1 de la presente tesis).

Pero no obstante ello, podemos anticipar que el establecimiento del consentimiento mediante escritura pública, es considerada inaplicable en el Distrito Federal, atento a las disposiciones que rigen la actividad notarial, so pena de declarar nula la escritura en virtud de la ilicitud del objeto, motivo o fin que contiene el documento.

Mediante la aplicación de la figura jurídica del testamento resulta aún más difícil, lo anterior, en atención a la naturaleza jurídica de éste. Pues mediante el testamento, se realiza la transmisión de bienes, derechos, así como el cumplimiento de obligaciones que no se extinguen con la muerte, por lo anterior,

a menos que se considere que los gametos son cosas o bienes, este será el medio idóneo, pero de fijarse esta postura, también se debe establecer que se encuentran dentro del comercio. A nuestro juicio, consideramos inaplicable el testamento para los efectos señalados, principalmente porque los gametos humanos son células que llevan implícitas el germen de la vida.

" Las fuerzas genéticas no son cosas, no son propiamente órganos del cuerpo humano, pero tampoco son los gametos seres humanos, sino células"

" La donación y utilización de gametos ajenos no se consideran, en los últimos tiempos, ilícitos a priori, siempre que no se incurra en la comercialización a partir de prestaciones onerosas "¹⁷

Además, si son consideradas como un bien, estos estarían dentro del comercio lo que en términos del artículo 327 de la Ley General de Salud, se encuentra prohibido.

Artículo 327 Ley General de Salud. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

¹⁷ Moro Almaraz, Op. cit. p. 76 y 79

Lo anterior lo expresamos con la debida reserva, pues en un futuro posiblemente se exprese una opinión contraria por conducto de los notarios públicos, y en su caso por los órganos jurisdiccionales correspondientes.

1.3.4 Aspectos jurídicos de la crioconservación de gametos

Debido a que la crioconservación de gametos y de embriones, son esenciales en los casos de aplicación de fecundación asistida, brevemente se hará referencia a algunos aspectos legales derivados.

Por crioconservación, se debe entender el resguardo de los gametos mediante la aplicación de nitrógeno líquido (-196° C) sin que en estos se derive alguna consecuencia en su actividad reproductiva.¹⁸

La crioconservación de gametos como se demostrará tiene íntima relación con la práctica de fecundación asistida ya que:

“ . . . Otras técnicas científicas propicias para la fecundación artificial han permitido la aparición de Bancos genéticos que constituyen un catálogo o archivo de material biológico humano . . . ”¹⁹

En un inicio la crioconservación de gametos causó malestar entre los moralistas, debido a que con ello se daba un trato casi industrial a las fuentes de

¹⁸ Vid. Boletín de la Facultad de Derecho (BFD), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, Número 6, Segunda Época, Verano - otoño, 1994

¹⁹ Magallón Ibarra Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III, Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México, 2001, p. 485

la vida, pero no obstante dicha posición, los bancos de semen proliferaron en los países científicamente industrializados.²⁰

Con dicha proliferación se ha permitido el desarrollo de los métodos de fecundación asistida, en beneficio de aquellas parejas que padecen de esterilidad. Pero no obstante lo anterior, no debemos omitir los conflictos que han de surgir al momento de practicarse dicha figura, por lo que hace a la obtención y resguardo de gametos, debido a lo inaplicable de las disposiciones del contrato de donación.

Del contenido de la Ley General de Salud, se desprende la regulación de los bancos de semen, en cuanto a la autorización necesaria para la realización de sus actividades. A saber:

Artículo 315 Ley General de Salud. Los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los dedicados a:

- I. La extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células.
- II.
- III. Los bancos de órganos, tejidos y células; y
- IV.

La Secretaría otorgará la autorización a que se refiere el presente artículo a los establecimientos que consten con el personal,

²⁰ Principalmente se conservan los gametos masculinos, debido al daño que pueden sufrir los óvulos al ser crioconservados.

infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios para la realización de los actos relativos, conforme a lo que establezcan las disposiciones de esta ley y demás aplicables.

1.3.5 Aspectos jurídicos de la crioconservación de embriones

Si la legislación nacional, y concretamente la del Distrito Federal es anacrónica por lo que hace a la práctica de la crioconservación de gametos, resulta aún más incongruente ante por lo que hace a la crioconservación de embriones, pues según se desprende del artículo 22 del Código Civil del Distrito Federal, por el sólo hecho de encontrarse concebido, los individuos se encuentran protegidos por la ley, independientemente de que dicha concepción se realice o no en el seno materno, pues en donde " la ley no distingue, no hay porque distinguir ", en consecuencia los embriones tienen derecho a la preservación de la vida.

Artículo 22 Código Civil para el Distrito Federal.- "La capacidad de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."

En la práctica de la fecundación in vitro, es necesaria la fecundación de varios óvulos, pero de estos sólo son inoculados en el seno materno dos o tres,

con el fin de evitar embarazos múltiples. Pero es común, que obtenido el embarazo deseado en los primeros intentos, la pareja se olvide de la existencia de los demás óvulos fecundados, los que al transcurrir un tiempo determinado, serán destruidos, con lo anterior, se contraviene gravemente el artículo antes citado, pues al estar los embriones protegidos por la ley, dicha protección inicia desde el momento de la concepción, y en consecuencia tienen derecho a preservar la vida tal y como lo dispone el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo señalado, se demuestra que en el ámbito del Distrito Federal, resulta incongruente e ilegal la aplicación de estas prácticas.

CAPITULO SEGUNDO.- DECLARACIÓN DEL VINCULO PATERNO-FILIAL EN LOS CASOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA POST-MORTEM

2.1 El vinculo paterno-filial

A decir de la maestra Alicia Elena Pérez Duarte y N., "por medio de esta institución el derecho pretende regular el fenómeno de la procreación, tanto dentro como fuera del matrimonio, e incluso en el caso de la adopción, se extiende a personas extrañas al crear entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija" ²¹

Como apuntamos oportunamente, el vínculo paterno-filial es una institución jurídica de trascendencia, respecto del cual se establecen los derechos y obligaciones entre los integrantes de la familia. No obstante la trascendencia aludida, en la doctrina no se establece en forma unánime el momento en que surge éste. Actualmente se distinguen dos tendencias para su determinación²²:

PRIMERA. La que señala que el vínculo paterno-filial se deriva del hecho biológico del nacimiento. Criterio incompatible con las instituciones jurídicas vigentes, como ejemplo podemos mencionar los aspectos de la adopción, mediante la cual a través de una ficción se establece una relación jurídica de filiación, y más cuando se hace mención de los aspectos de fecundación asistida

²¹ Pérez Duarte y N., Alicia Elena. Derecho de Familia. Editorial McGraw-Hill, México, D.F., 1997, p. 29

²² Vid. Vidal Martínez, Jaime. Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. Editorial CIVITAS, S.A. Madrid, 1988, p. 64 y 65.

que como se manifestó con anterioridad, han sido la principal causa para considerar anacrónicas las legislaciones civiles de multitud de países. El hecho biológico como determinante del establecimiento del vínculo paterno filial sólo resultó aplicable en tanto eran aplicables, sin objeción alguna, las antiguas formulas romanas, que entre otras se distinguen:

- Partus sequitur ventrum;
- Pater est quem justae nuptiae demonstrant;
- Mater semper certa est

SEGUNDA. La segunda tendencia toma en cuenta los vínculos afectivos en forma preferente a los aspectos biológicos, por lo tanto, se otorga preferencia a la voluntad de las personas para establecer el vínculo materno-paterno filial.

A partir de la reforma de 25 de mayo del año 2000, el Código Civil para el Distrito Federal contempla en sus disposiciones la tendencia enunciada en segundo termino, por lo que en sus disposiciones se hace patente el reconocimiento del vínculo paterno-filial, atendiendo principalmente la voluntad de las personas que intervienen en el reconocimiento, con independencia del vínculo biológico que en su caso deba existir.

2.1.1 Concepto

La palabra filiación deriva de filius, hijo en latín e implica la relación que existe entre padres e hijos".²³

²³ Abeliuk Manasevich René, La filiación y sus efectos (Tomo I), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 37

Según Jossierand, "la palabra filiación tiene dos acepciones, una amplia y otra limitada. Genéricamente la filiación se refiere a todos los anillos de la cadena que liga a una persona con sus antepasados, aun con el más lejano; pero en la acepción más corriente, se refiere al nexo entre un hijo y sus progenitores inmediatos, con su padre y con su madre . . ." ²⁴

Para Diez-Picazo, "se denomina filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos (Juan es hijo de Pedro y María, como la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo" ²⁵

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el siguiente criterio señala que:

" La filiación, es la procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos y recíprocos, dando origen a la patria potestad." ²⁶

Precedentes: Becerra, Ana. Pág 816. Tomo XXV. 16 de febrero de 1929

Asimismo el CCDF en su artículo 338, conceptúa la filiación como:

". . . la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia..."

²⁴ Citado por Fassi Santiago Carlos, Estudios de Derecho de Familia, Editora Platense, La Plata, Argentina, 1962. p.413

²⁵ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Instituciones de Derecho Civil (Volumen II/2). Derecho de familia – Derecho de sucesiones. EDITORIAL TECNOS, S.A. Madrid, España, 1998. p 162

²⁶ SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, T. XXV, p. 817

En párrafos anteriores señalamos que el aspecto biológico como determinante para establecer el vínculo paterno-filial, resulta inaplicable en la actualidad, principalmente cuando se hace referencia a los casos de adopción, y aún más cuando se permite el uso de métodos de fecundación asistida, por lo anterior, los conceptos antes citados, resultan inaplicables a la realidad social.

A decir del maestro Eduardo Zanoni:

"... las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores – mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal – e incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto..."²⁷

Aún cuando no es nuestro propósito el elaborar un concepto aplicable al vínculo paterno filial, nos vemos obligados a hacer el siguiente comentario en relación a los conceptos transcritos.

De su integración se desprende que los conceptos antes señalados siguen la tendencia del aspecto biológico como determinante del vínculo filial, mismos que por los razonamientos expresados resultan inaplicables en la actualidad, pues el vínculo paterno filial también surte efectos legales entre personas que no les une lazo biológico alguno, lo anterior, mediante la figura jurídica del reconocimiento

²⁷ Zanoni, Eduardo A., Derecho Civil (Derecho de Familia), Tomo 2, Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, Buenos Aires, 1989. p. 284

voluntario, por el cual una persona se atribuye a otro como su hijo, aún cuando entre ellos no exista lazo biológico alguno.

Debemos entender por **reconocimiento**, el " . . . acto jurídico unilateral, solemne e irrevocable, por virtud del cual se asumen por aquél que reconoce y a favor del reconocido todos los deberes, derechos y obligaciones que atribuye la relación paterno-filial, y al reconocido se le incorpora a la relación jurídica paterno-filial." ²⁸

2.1.2 Clasificación

Con el argumento de que los hijos no debían de sufrir los errores cometidos por los padres, del contenido actual Código Civil para el Distrito Federal se desprende que fueron derogadas las disposiciones que clasificaban a los hijos atendiendo el proceder de sus padres, misma que en forma denigrante les denominaba: hijos naturales, incestuosos, adulterinos, etc. Pero no obstante lo señalado, dichas disposiciones se encuentran vigentes en el Código Civil Federal, del que se transcriben los siguientes artículos:

Artículo 62 Código Civil Federal. "Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su

²⁸ Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho (Relaciones Jurídicas paterno filiales), Editorial Porrúa, S.A., México, 2001. p. 148

marido, a no ser que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que declare que no es hijo suyo.”

El Código Civil para el Distrito Federal vigente omite clasificar a los hijos, en naturales o en su caso hijos de matrimonio, y solo establece presunciones que determinan si los hijos nacieron dentro o fuera de matrimonio. En virtud de lo anterior, y aún cuando los hijos hubieren nacido fuera de matrimonio, actualmente ello no es óbice para que puedan ser reconocidos por sus padres, y disfruten sin excepción alguna de todos y cada uno de los derechos derivados del vínculo paterno filial,²⁹ en las mismas condiciones que los concebidos dentro de matrimonio.

No obstante lo señalado, la doctrina jurídica ha empleado diversas clasificaciones.

El maestro Chávez Asencio³⁰ la clasifica de la siguiente forma:

* **Filiación conyugal.** Se considera a los hijos que nacen dentro de matrimonio, así como a los que nacen dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del vínculo matrimonial, sea que se derive de divorcio, nulidad de matrimonio o muerte.

* **Filiación por reconocimiento de los progenitores.** De esta forma se permite establecer el vínculo paterno filial, respecto de los concebidos fuera de

²⁸ Con lo que fueron omitidas las diversas injusticias a que eran sujetos los hijos naturales.

²⁹ “Artículo 338-Bis. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen”

³⁰ Op. cit., p. 83 y ss.

matrimonio, es decir, los nacidos antes de celebrado el matrimonio, o también aquellos nacidos con posterioridad a los trescientos días de disuelto el vínculo matrimonial, por divorcio, nulidad o muerte.

* **Filiación adoptiva.** Se deriva de la existencia de la figura jurídica de la adopción, ésta surge entre el adoptado y los familiares del adoptante, declarándose los efectos del vínculo paterno-filial, no obstante carecer del nexo biológico.

La clasificación antes citada, se encuentra sustentada por el contenido de la legislación civil para el Distrito Federal. Pues en dicha legislación, no se contemplan el aspecto de la legitimación como requisito sine qua non para integrar los vínculos de filiación, tampoco se exige el acta de matrimonio de los padres para establecer el vínculo entre procreantes y procreados, pues lo que se pretende es dar impulso a la figura jurídica del reconocimiento para que mediante ella sea factible el establecimiento de la filiación.

Pero aún cuando la clasificación antes señalada se ajusta a los lineamientos del Código Civil para el Distrito Federal, también lo es que omite lo referente a los aspectos de fecundación asistida, por lo cual consideramos pertinente señalar la clasificación propuesta por el Licenciado Ricardo Sánchez Márquez.³¹

* **Filiación legítima o matrimonial.** En virtud de existir vínculo matrimonial, se hace referencia a la presunción de certeza de ser hijo de los cónyuges. Pero se

³¹ Sánchez Márquez, Ricardo. Derecho Civil (Parte general, personas y familia). Editorial Porrúa. México, 1998. p. 423 y ss.

señala que la presunción de paternidad no resulta absoluta por tratarse de presunción iuris tantum, que acepta prueba en contrario.

* **Filiación natural o extramatrimonial.** Es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero, o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona.

* **Filiación artificial,** se deriva de la aplicación de los métodos de fecundación asistida, implantación de embriones, entre otros.

De la clasificación antes referida, podemos señalar que si bien es cierto que resulta más amplia y actualizada, por ejemplo al contemplar los aspectos de fecundación asistida, también lo es que utiliza términos inaplicables al contexto del Distrito Federal, pues como ya se menciono los hijos ya no son clasificados atendiendo a la denominación de hijo natural.

Es de señalar que en la cátedra de Derecho Familiar del Dr. Flavio Galván Rivera, se analizan diversos aspectos de la fecundación asistida, señalando la existencia de una especie de vinculo paterno filial denominado:

* **Filiación legal.** Es aquella que se deriva de la voluntad de los cónyuges, en los casos en que se hace uso de métodos de fecundación asistida, y por el cual se establecen los efectos del vinculo paterno-filial respecto del concebido en forma asistida, independientemente del nexo biológico que exista.

2.1.3 Consideraciones generales

Resulta clara la intención del legislador del Distrito Federal al establecer disposiciones legales con las que se pretende evitar discriminar a los hijos en atención al proceder de sus padres.

Asimismo, y en el tema que nos ocupa, es de elogiarse que la Asamblea Legislativa ha derogado el capítulo relativo a la legitimación, pues de esta forma se permite igualar los derechos y las condiciones de los hijos en lo relativo al disfrute de los efectos del vínculo paterno filial.

Se ha demostrado lo anacrónico que resulta el pretender establecer la filiación de los hijos exclusivamente atendiendo los aspectos de la PROCREACIÓN, así como la incongruencia de las formulas romanas cuando se pretenden aplicar en la actualidad. En consecuencia, y atento a lo expuesto, debe aplicarse el criterio mediante el cual se establezca el vínculo paterno-filial, atendiendo la libre voluntad del interesado:

A decir de ANTONIO CICU, "el derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación..."³². Criterio que actualmente en el Distrito Federal es inaplicable, en tanto resulta intrascendente según el Código Civil para el Distrito Federal la procedencia biológica como requisito para determinar la filiación a través del reconocimiento.

³² Cicu, Antonio. La Filiación. Revista de Derecho Privado (Serie B, Volumen XIV). Traducción de Faustino Jiménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Madrid, 1930. p.16

Reconocimiento que deberá asentarse en el acta de nacimiento, para que en términos del artículo 340 Código Civil para el Distrito Federal, surta los efectos probatorios de la filiación. Pues no obstante, poderse expresar el reconocimiento de los hijos mediante otros medios a los que haremos referencia con posterioridad, necesariamente se requiere la intervención de un Juez del Registro Civil, sea para expedir el acta de nacimiento o acta especial que corresponda.

2.1.4 Efectos jurídicos del vínculo paterno filial

Al ser establecido el vínculo paterno filial afloran una serie de derechos y obligaciones. A decir de Antonio Cicu, " por la procreación se origina también una relación especial entre procreantes y procreados, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella." ³³

En la actualidad, el reconocimiento voluntario es el que en forma primordial decreta los derechos y deberes a que se refiere el prestigiado maestro, pues como señalamos con anterioridad, en la actualidad no se atiende tanto al hecho biológico de la procreación.

Actualmente la legislación no establece distinción alguna en relación a los hijos, atendiendo la procedencia de sus padres, por ello los derechos y obligaciones se disfrutan y cumplen en igualdad de condiciones, sea que la

³³ Cicu, Antonio. Loc. cit.

concepción sea antes o después de matrimonio, pero por supuesto con excepción de aquellos hijos que no fueron reconocidos por sus padres, o bien, mediante sentencia no obtuvieron el reconocimiento de su filiación.

En el Distrito Federal el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal, establece los efectos jurídicos derivados del vínculo paterno filial (tema al que nos referiremos concretamente en el punto 3.1.3 de la presente tesis).

2.2 El vínculo paterno-filial de los concebidos mediante métodos de fecundación asistida

El Código Civil para el Distrito Federal dispone que además del nexo biológico entre procreantes y procreados, también el reconocimiento voluntario legalmente expresado determina el establecimiento del vínculo paterno filial, es decir, también se decreta mediante la manifestación unilateral de la voluntad. Lo anterior, sin omitir mencionar la procedencia de los juicios contradictorios de investigación de paternidad y de reclamación de filiación conyugal o de hijo de matrimonio, mediante el cual por una sentencia ejecutoriada se establece el vínculo de filiación.

Como quedó asentado en el Primer Capítulo del presente trabajo, los avances tecnológicos han transformado las instituciones jurídicas, por ello se pretendió adecuar la legislación civil para el Distrito Federal al entorno social y científico vigente, regulando los aspectos de la llamada fecundación asistida.

Por lo anterior, y sin que se pretenda analizar la totalidad de los problemas derivados del uso de los métodos de fecundación asistida, concretamente nos referiremos a la problemática e inconvenientes venideros cuando se pretenda establecer el vínculo paterno filial de los concebidos por dichos métodos en los casos de fecundación asistida post-mortem, para ello previamente haremos los siguientes comentarios:

Con la reforma de 25 de mayo del año 2000, en el Código Civil para el Distrito Federal se otorgó a los cónyuges el derecho de procrear su descendencia mediante el uso de los métodos de fecundación asistida.

El artículo 162 Código Civil para el Distrito Federal. Párrafo II:

“ 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.”

Si bien es cierto que se otorgó dicho derecho a los cónyuges, también lo es que su aplicación no puede ser considerada a simple criterio de los esposos, sino que en los previos estudios médicos correspondientes, se concluya que la última opción para procrear la descendencia, es mediante la aplicación de los métodos de fecundación asistida.

Artículo 56. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

"La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera . . ."

Cabe mencionar que dada la naturaleza e importancia de la aplicación de estos métodos, el Reglamento en cita exige el consentimiento previo a la aplicación, que en el caso que nos ocupa se refiere al consentimiento expresado por los cónyuges.

Artículo 20 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. "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."

Artículo 43 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

" . . . para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de

acuerdo a lo estipulado en los artículo 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso”

Nuestro legislador a efecto de hacer extensible los efectos filiatorios a los concebidos en forma asistida, señalo como requisito previo al reconocimiento la existencia del consentimiento, con los correspondientes efectos jurídicos, es decir, la voluntad expresada crea respecto del concebido, los nexos filiatorios con todas las consecuencias jurídicas que en derecho y por derecho le correspondan a los hijos.

Lo anterior además de la improcedencia de la acción de impugnación de paternidad, cuando los hijos son producto de la aplicación de fecundación asistida a la esposa, previo consentimiento expresado por el cónyuge.

Artículo 326 Código Civil para el Distrito Federal, párrafo II.

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

2.3 La filiación y el reconocimiento de los hijos concebidos post-mortem

En el apartado anterior hicimos referencia a los conflictos derivados del uso de los métodos de fecundación asistida, cuando se pretende establecer el vínculo

paterno-filial, entre quien o quienes consintieron en la practica de dichas técnicas y el hijo concebido. Dicha circunstancia, si bien es cierto resulta controvertida, hasta cierto punto el propio Código Civil para el Distrito Federal resuelve la problemática; y por ello no es comparable con aquellos casos en los que se pretende establecer el reconocimiento de los hijos concebidos con posterioridad a la muerte del supuesto padre biológico, cuando éste expresó su consentimiento en este sentido.

Procederemos a mencionar inicialmente que el Código Civil para el Distrito Federal reconoce efectos jurídicos al consentimiento expresado, otorgándole validez jurídica. Validez que según el Ordenamiento Legal en cita reconoce, aún cuando la fecundación asistida se practique en el cuerpo de la cónyuge con posterioridad a la muerte del marido, lo anterior se desprende en virtud de establecer como hijo de matrimonio al concebido post-mortem. Así, el vinculo paterno-filial en el caso antes señalado se establece con fundamento en lo dispuesto por el artículo 329, párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, pues ante la imposibilidad de los herederos para impugnar la paternidad, el Código presume la filiación que vincula al concebido con el supuesto padre biológico, atendiendo al consentimiento expresado por el cónyuge.

Artículo 329 Código Civil para el Distrito Federal. "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien

perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge”

Pero aún cuando el artículo que se transcribe establece la presunción del vínculo paterno filial respecto de la práctica de fecundación asistida post-mortem, el consentimiento expresado para tal efecto no resulta idóneo ni suficiente legalmente para establecer el reconocimiento de los hijos.

En el caso señalado, posiblemente los concebidos post-mortem tienen nexo biológico con el presunto padre, pero según el contexto de la legislación civil vigente en el Distrito Federal, no podrá materializarse jurídicamente el reconocimiento por parte del padre biológico ante la justificada improcedencia de los medios establecidos en la ley, como base para el reconocimiento de los hijos. (asunto que se analizará en el apartado 2.3.1)

Empero si aún no ha sido suficiente lo mencionado para demostrar que resulta imposible cualquier vínculo paterno filial entre el padre biológico y el concebido post-mortem, nos remitimos a lo dispuesto por el **artículo 370 Código Civil para el Distrito Federal:**

“Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de éste Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante

quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad."

Los supuestos señalados en el artículo 324 Código Civil para el Distrito Federal, comprenden a los hijos nacidos dentro de matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial. Podemos señalar que el caso de la fecundación asistida post-mortem, propone un supuesto distinto a los enunciados en el artículo 324 Código Civil para el Distrito Federal, Por ello, sólo han de asentarse los apellidos del compareciente, omitiéndose el apellido del padre biológico. Será un hijo biológico que jurídicamente no entroncara en filiación alguna con su padre, pues el acta de nacimiento carecerá de sus apellidos.

De esta forma no podrá existir entroncamiento entre el concebido post-mortem y el padre biológico, atento a la incomparecencia de éste ante el Juez del Registro Civil, y lo referente a la investigación de paternidad, será tratado en el punto 2.4.1 de la presente tesis.

2.3.1 Declaración del vínculo paterno-filial mediante acta de nacimiento, acta especial, testamento, escritura pública o confesión judicial o expresa

La legislación civil local en forma más que triunfante determina quienes se presumen hijos de los cónyuges (artículo 324 Código Civil para el Distrito

Federal)¹, establece la posibilidad del reconocimiento voluntario como forma para establecer la filiación², y así también en la misma forma se señala que derivado del consentimiento expresado para la práctica de los métodos de fecundación asistida, se establece el vínculo paterno filial entre el concebido y el otorgante del consentimiento, en consecuencia son de aplicarse para efectos del reconocimiento los medios contenidos en el artículo 369 Código Civil para el Distrito Federal:

" 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

... "

Pero no obstante el contenido del artículo anterior, los medios citados resultaran inaplicables en los casos de concepción post-mortem, pues el problema

¹ Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

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

² Artículo 360 Código Civil para el Distrito Federal. " La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos . . . "

central se presentará al momento de pretender documentar el reconocimiento ante el Juez del Registro Civil, en atención a las disposiciones vigentes en el Código Civil para el Distrito Federal, en lo relativo al levantamiento de las actas de nacimiento, asimismo, atento a la naturaleza de las actividades del notario en el caso de escritura pública, y lo legalmente imposible del testamento para dichos efectos, sin que se olvide lo ilógico de pretenderlo mediante confesión judicial directa y expresa, lo anterior, por la simple razón de que el padre otorgante del consentimiento falleció con anterioridad a la concepción del supuesto hijo.

Por ello, es innegable que son hijos biológicos, pero resultará un tanto imposible documentar su entroncamiento con el acta de nacimiento, ello atendiendo el contexto del Código Civil para el Distrito Federal, lo anterior con todas las consecuencias jurídicas que se mencionaran con posterioridad.

El acta de nacimiento y el acta especial, son los documentos con los cuales en forma primordial se acredita la filiación de los hijos,³⁴ pero en ambos casos, para dicho reconocimiento se requiere la comparecencia ante el Juez del Registro Civil en forma personal o por conducto de mandatario en términos del artículo 44 Código Civil para el Distrito Federal³⁵ de quien o quienes vayan a reconocer, pero ello resulta ilógico en virtud de la muerte del cónyuge. También

³⁴ Artículo 340 Código Civil para el Distrito Federal. "La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento."

³⁵ Artículo 44 Código Civil para el Distrito Federal. "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 expedido en escrito privado firmado por el otorgante y dos testigos y ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de lo Familiar o de Paz."

resulta imposible comparecer por conducto de mandatario, atento a la extinción de los efectos del mandato como consecuencia de la muerte del mandante.³⁶

Resulta en consecuencia aplicable el contenido de los artículos 58 Código Civil para el Distrito Federal, párrafo tercero, y 370 Código Civil para el Distrito Federal, es decir, se han de registrar sólo con los dos apellidos de la persona que comparezca ante el Juez del Registro Civil.

Artículo 58 Código Civil para el Distrito Federal. " . . . En el caso del artículo 60 de este Código, el Juez del Registro Civil pondrá el apellido paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca. "

Artículo 370 Código Civil para el Distrito Federal. "Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad. "

No obstante la existencia del consentimiento expresado para el uso de métodos de fecundación asistida, en el caso de la fecundación asistida post-mortem no es posible establecer materialmente el vínculo jurídico de la filiación,

³⁶ Artículo 2595 Código Civil para el Distrito Federal, fracción III. El mandato termina:
III. Por la muerte del mandante o del mandatario.

con las consecuentes complicaciones en materia sucesoria y en lo relativo a percibir alimentos del ascendiente.

La figura jurídica del **testamento**, como medio para establecer el reconocimiento de los concebidos post-mortem, resulta improcedente, pues dicha figura jurídica, resulta aplicable en los casos en que los hijos se encuentran concebidos al tiempo de la muerte del supuesto padre, ya que la inexistencia no produce efectos jurídicos.

Se fundamenta la imposible determinación del vínculo paterno filial mediante testamento, al enunciar los siguientes artículos:

Artículo 353-Quáter Código Civil para el Distrito Federal. " Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada"

Artículo 1315 Código Civil para el Distrito Federal. " Será, no obstante, válida la disposición hecha a favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador."

A efecto de señalar la posibilidad de reconocer a los hijos concebidos post-mortem mediante **escritura pública**, en primer termino haremos referencia a la actividad del notario³⁷. Es pues el notario quien en términos del **artículo 42 de la**

³⁷ Artículo 42 Ley del Notariado para el Distrito Federal. "Notario es el profesional del derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría."

Ley del Notariado para el Distrito Federal, se encarga de "dar forma legal a la voluntad de las partes que ante él acuden". Con lo que se pretende evitar la celebración de actos ilícitos.

La actividad de los notarios debe cumplir en consecuencia los lineamientos de la ley y no contrariar las buenas costumbres, según reza la fracción VIII del artículo 45 de la ley en cita:

"Queda prohibido a los notarios:

VIII. Ejercer sus funciones si el objeto, el motivo –expresado o conocido por el Notario–, o el fin del acto es contrario a la ley o a las buenas costumbres; asimismo si el objeto del acto es física o legalmente imposible; y . . . "

Señalamos con anterioridad que el reconocimiento de los hijos sólo es posible en vida del individuo que va reconocer, o bien, sólo respecto de aquellos seres humanos que se encuentran concebidos durante la vida del reconociente.

Por lo tanto, el notario público no puede emitir escritura pública alguna en la que se pretenda el reconocimiento de los hijos, cuando estos sean concebidos con posterioridad al fallecimiento de quien realizará el reconocimiento, pues el objeto, motivo o fin de sus funciones no debe contravenir la ley, lo anterior según se desprende del contenido de los artículos antes citados.

Asimismo, y debido a que el padre biológico ya ha fallecido, resulta imposible su comparecencia ante órgano jurisdiccional, para efectos de emitir su declaración con lo que se pueda presumir la existencia de alguna confesión judicial y expresa.

Con lo que se demuestra la incongruencia de las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en lo relativo al reconocimiento de los concebidos post-mortem.

Podemos señalar como causa del conflicto de referencia, la ausencia de un análisis pormenorizado de las figuras propuestas, o según el grado de trascendencia de las figuras propuestas o legisladas.

Con lo que al contexto del Código Civil para el Distrito Federal, éste resulta anacrónico con la propia realidad que el mismo pretendió establecer.

2.3.2 Parentesco existente entre el concebido post-mortem y el presunto padre

El parentesco según el maestro RICARDO SÁNCHEZ MARQUEZ, es " la relación jurídica que se da entre los ascendientes o progenitores, y sus descendientes, entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge, o entre los adoptantes y el adoptado".³⁸

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 292 reconoce como tipos de parentesco los siguientes:

³⁸ Sánchez Márquez, Op. cit., p. 247

* **Consanguíneo.** Aquél que se deriva de los lazos de sangre que unen al progenitor y sus descendientes.

* **Por afinidad.** El que surge de los vínculos del matrimonio, y atento a los efectos derivados del concubinato.

* **Civil.** La figura jurídica de la adopción es el presupuesto para integrarlo.

Al regularse aspectos de la fecundación asistida, fue necesario también adecuar las disposiciones jurídicas del parentesco, mismas que se señalan a continuación:

Es de señalarse el contenido del artículo 293 Código Civil para el Distrito Federal:

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

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

El legislador del Distrito Federal otorgó efectos jurídicos al consentimiento fijándolo como elemento decisivo para establecer el parentesco entre los cónyuges que consienten en el uso de los métodos de fecundación asistida y respecto de los seres humanos concebidos por dichos métodos.

De la disposición señalada se derivan en consecuencia todos los efectos del parentesco (de los que destacan el ejercicio de la Patria Potestad), aún y cuando en su caso, biológicamente los hijos no desciendan de un tronco común.

No obstante el contenido del artículo citado, resultarán incongruentes las disposiciones jurídicas relativas, principalmente en el momento en que se pretenda establecer el vínculo jurídico del parentesco entre los concebidos por fecundación asistida post-mortem, y aquellos a los que se repunte padres biológicos.

El vínculo jurídico del parentesco entre los cónyuges y el concebido post-mortem, se establece con el simple consentimiento expresado para que se empleen dichos métodos, pero existirá un conflicto en el momento en que se pretenda ejercer lo relativo a la Patria Potestad.

Según el artículo 412 Código Civil para el Distrito Federal:

" Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley."

Como ya señalamos en párrafos anteriores, la fecundación asistida post-mortem se refiere a la concepción de un hijo con posterioridad a la muerte del propio padre biológico, es decir quien aportó el gameto. Por lo tanto, resulta improcedente la aplicación del artículo 412 Código Civil para el Distrito Federal,

ya que en el caso señalado, a la muerte del supuesto padre biológico, no había ningún hijo menor de edad respecto del cual se ejerza la patria potestad, lo anterior, por la simple razón de que aún no era concebido.

El parentesco consanguíneo se establece entre los que consienten en el uso de los métodos de fecundación asistida, respecto de los seres humanos concebidos, pero en los casos de fecundación asistida post-mortem, aún cuando se haya decretado el parentesco consanguíneo, resultan inaplicables las disposiciones relativas a la patria potestad, considerada como la figura jurídica que ha de ser desempeñada por los ascendientes, lo anterior, a efecto de la guarda y custodia del menor, así como la protección de sus bienes. Es por ello que ésta únicamente se ejercerá por conducto de la cónyuge.

2.4 La declaración del vínculo paterno filial es competencia del Juez de lo Familiar

No obstante las disposiciones señaladas en el Código Civil para el Distrito Federal en las que se presume el vínculo paterno filial, el artículo 360 del mismo ordenamiento, señala:

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

De la parte final del artículo en cita, se desprende la existencia de una sentencia ejecutoriada la que tendrá los efectos de declarar el vínculo paterno

filial, por lo anterior, implica el trámite de un proceso ventilado ante un Juzgado de lo Familiar atento a los artículos siguientes:

Artículo 159 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. "De las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los jueces de lo familiar. "

Artículo 52 fracción II de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal:

"Los jueces de lo familiar conocerán:

II. De los juicios contenciosos relativos al matrimonio a su licitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tenga por objeto modificaciones o rectificaciones de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación . . ."

2.4.1 El juicio contradictorio de investigación de paternidad

Hemos hecho referencia a las presunciones legales que han de atenderse para establecer el vínculo paterno filial, también hicimos referencia a la

posibilidad del reconocimiento voluntario de los hijos, en el que no se amerita la intervención del órgano jurisdiccional.

Pero sea que los hijos nazcan dentro o fuera de matrimonio y no sean reconocidos por sus padres en forma voluntaria, éstos tienen derecho de que se establezca la relación paterno-filial por medio de sentencia ejecutoriada, misma que se obtiene al ejercitar según sea el caso la acción de investigación de paternidad (hijos nacidos fuera de las presunciones legales), o bien, la acción de reclamación de filiación conyugal (hijos que aún cuando nacieron dentro de matrimonio, no fueron legalmente reconocidos).

Al contexto de la denominada fecundación asistida post-mortem, consideramos procedente la acción de reclamación de filiación conyugal, debido a que por el hecho de haberse consentido en el uso de los métodos de fecundación asistida, los hijos así concebidos se presumen de los cónyuges, es decir, por ministerio de ley nacidos dentro de matrimonio.

"Si la filiación del hijo no es confesada por su padre o por su madre, la ley permite, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, demandar ante los tribunales a quienes pretenden como sus padres y aportar sus pruebas. Es esto lo que se llama investigación de la filiación . . ." ³⁹

Por acción de investigación de la paternidad según el maestro Chávez Asencio debemos entender: " el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para

³⁹ Planiol, Marcel. Op. cit. p. 226

aportar las pruebas de su filiación, a fin de que ésta 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.”⁴⁰

El maestro Antonio de Ibarrola⁴¹ la denomina acción de reconocimiento forzoso o de investigación de paternidad. Con lo que cabe mencionar que en opinión del maestro Marcel Planiol, es una “... expresión poco feliz, pues es el juez quien reconoce la filiación y no el padre o la madre, los que, lejos de reconocerla, la discuten hasta el fin...”⁴²

Podemos mencionar que el fin último de dicha acción, es para evitar que el establecimiento del vínculo paterno filial, se decrete sólo por la disposición del padre, es decir de su manifestación de voluntad.

Señalamos que atento a una presunción legal, el concebido post-mortem se considera concebido dentro de matrimonio, pero si se pretendiera establecer su vínculo paterno filial vía jurisdiccional, resultará inaplicable la acción de investigación de paternidad, y por el contrario, procedente la acción de reclamación de filiación conyugal.

No obstante lo antes señalado, brevemente haremos referencia a algunos aspectos de la referida acción de investigación de paternidad, conjuntamente con aquellos aspectos de la acción de reclamación de filiación conyugal.

⁴⁰ Chávez Asencio. Op. cit. p. 179

⁴¹ Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V., México, 1993, p. 424.

⁴² Planiol, Marcel y Ripert Georges. Derecho Civil. Oxford University Press México, S.A. DE C.V., Biblioteca Clásicos del Derecho. Traducción: Leonel Péreznielo Castro, México, 1999, p. 226

2.4.2 Acción de Investigación de paternidad

Mencionamos la facultad del Órgano Jurisdiccional para decretar el vínculo paterno-filial mediante sentencia ejecutoriada, de lo que se desprende el ejercicio de una acción, que en el caso que nos compete es de las que se señalan en el artículo 24 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

"Las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filialción, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recalcadas en el ejercicio de acciones de estado civil, perjudican aun a los que no litigaron."

Quedó señalada la procedencia y pertinencia de la acción de investigación de paternidad ante la omisión de reconocimiento voluntario de los padres respecto de los hijos concebidos fuera de matrimonio, es decir, cuando no se aplican las presunciones legales para el reconocimiento de paternidad por ministerio de ley.

Por todo lo anterior expuesto, puede reclamar su filiación en cualquier momento, y probablemente disfrutar de los derechos inherentes, sin que sea obstáculo la muerte de su padre biológico, situación que abordaremos con posterioridad

2.4.3 Consideraciones generales

Como se señaló en el capítulo 1.3, ante la aplicación de los métodos de fecundación asistida post-mortem, y atento a los lineamientos del Código Civil para el Distrito Federal, los hijos han nacido dentro de matrimonio aún cuando se haya concebido con posterioridad a la muerte del padre biológico, es decir, con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial. Ante la incomparecencia del padre biológico para efectos del reconocimiento, el derecho del concebido post-mortem para reclamar su filiación no se obstaculiza por la muerte de aquél, sino que resulta procedente la reclamación de filiación conyugal.

Lo anterior, además en consideración de la inaplicabilidad de los medios ordinarios contemplados en el Código Civil para el Distrito Federal para proceder al reconocimiento de los hijos (acta de nacimiento, acta especial, testamento, escritura pública, confesión judicial directa y expresa).

Atento a lo anterior expuesto, resulta improcedente la acción de investigación de paternidad, debido a que su procedencia se refiere a los hijos que han nacido fuera de matrimonio, respecto de los que no se aplican las presunciones legales establecidas, procediendo en consecuencia lo que el maestro Chávez Asencio denomina **RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN CONYUGAL**⁴³, acción con la que se pretende reclamar el estado de hijo de

⁴³ Op. cit. p. 121

matrimonio, acción que según el maestro en cita se desprende del artículo 347

Código Civil para el Distrito Federal:

" La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes."

De igual forma al dar lectura al artículo 341 Código Civil para el Distrito Federal, nos encontramos con los casos de procedencia del juicio en comento:

" A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión . . ."

Podemos en consecuencia señalar las siguientes causas de procedencia:

- Cuando al hijo le hace falta el acta de nacimiento y no tiene posesión constante de estado de hijo.

Caso en el cual se podrá acreditar su calidad de hijo de matrimonio a través de las pruebas obtenidas por los avances de los conocimientos científicos.

- Se carezca de acta de nacimiento, pero exista la posesión constante de estado de hijo;

En este caso no se requiere ejercitar acción de reclamación de estado. (ya que se encuentra gozando de las ventajas inherentes al hijo matrimonial). Sólo se ejercitará en el momento en que alguien no reconozca dicho estado, lo que se puede presentar cuando exista la sucesión hereditaria de sus progenitores, y no se reconozcan sus derechos o cuando hubiese incumplimiento de las obligaciones por parte de los o de algunos de los progenitores.

- Cuando hay contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.

En este caso se requiere el previo desconocimiento de la situación que resulte contraria a su pretensión. Dicha pretensión a de seguirse en un proceso donde se escucharan a los padres involucrados (es decir, aquellos que derivan del contenido del acta de nacimiento, y los que derivan de la posesión de estado. Proceso en el cual el Juez debe valorar en su conjunto las pruebas, pero debe partir del principio de que el acta prevalece sobre la posesión de estado, a no ser que se llegare a demostrar la falsedad de dicha acta.

- Que únicamente haya sido registrado por la madre.

Para el caso en que solamente la madre comparezca ante el Juez del Registro Civil a reconocer al descendiente, y en consecuencia se registre con los dos apellidos de la compareciente. Situación que encuadra en los casos de fecundación asistida post-mortem.

Del análisis del artículo 341 Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que de no existir el acta de nacimiento correspondiente, podrá establecerse la filiación atendiendo a la denominada posesión constante de estado de hijo, pero éste también resulta imposible e ilógico, debido a que el presunto padre biológico ha fallecido.

Por lo expuesto, resulta imposible que exista posesión constante de estado de hijo, pues antes de que el hijo fuera concebido, su padre ya había fallecido por lo que no se pueden establecer los supuestos de dicha posesión, es decir, el denominado trato, fama y nombre.

2.4.4 Procedencia de la acción

Señalamos que por lo que hace a los concebidos por fecundación asistida post-mortem, resulta improcedente la investigación de paternidad, pero no obstante ello, nos permitiremos hacer los siguientes comentarios:

Resulta claro el contenido del artículo 388 Código Civil para el Distrito Federal, pero el mismo resulta incongruente e injusto, ya que dicho artículo establece un plazo para ejercitar la acción de investigación de paternidad, so

¹ Vid. Chávez Asencio, Op. cit. p. 89

pena de perder el derecho para ejercitarlo con posterioridad, plazos y términos que no se establecen para ejercitar la acción de reclamación de filiación conyugal, pues éste resulta ser un derecho imprescriptible, según lo dispone el artículo 347 Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 347 Código Civil para el Distrito Federal. " La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes."

Por lo anterior, tanto la acción de reclamación de filiación conyugal como la de investigación de paternidad, debe ser un derecho imprescriptible.

A) Investigación de paternidad y la vida de los padres

En virtud de que consideremos imprescriptible el derecho de los hijos para que se determine su vínculo paterno filial, únicamente reproduciremos el contenido del artículo 388 Código Civil para el Distrito Federal, pues lo consideramos contradictorio y discriminatorio por los motivos expuestos, tornándose incongruente con el pretendido espíritu contemplado por el legislador.

La discriminación a que hacemos referencia versa en el sentido de establecer un término estricto para el ejercicio de la acción de investigación de paternidad, lo que no sucede en la procedencia de la acción de reclamación de

filiación conyugal, pues resulta imprescriptible para el hijo que no se le ha reconocido su filiación.

Artículo 388 Código Civil para el Distrito Federal.

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

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

B) Procedencia de la acción en contra de los herederos del supuesto padre

Como señala el maestro Chávez Asencio:

"A diferencia de las acciones que pueden intentar los hijos de matrimonio para aclarar su estado, en los casos de investigación de paternidad, la acción no es transmisible a los herederos . . ." ⁴⁴

Mencionamos que los concebidos por fecundación asistida post-mortem, ejercen en su caso la reclamación de filiación conyugal, pues lo que se pretende es reclamar su estado de hijo nacido de matrimonio, que por el contrario de la investigación de paternidad puede promoverse por "los descendientes,

⁴⁴ Op. cit. p. 187

herederos, acreedores, legatarios y donatarios del hijo . . .⁴⁵, atento a lo dispuesto por los artículos 348, 349 y 350 Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 348 Código Civil para el Distrito Federal. “ Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

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

Artículo 349 Código Civil para el Distrito Federal. “ Los herederos podrán continuar la acción intentada en tiempo por el hijo, y también pueden contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación.”

Artículo 350 Código Civil para el Distrito Federal. “ Los acreedores, legatarios y donatarios, tendrán los mismos derechos que a los herederos conceden los artículos 348 y 349, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles.”

⁴⁵ Op. cit. p. 124 - 125

2.4.5 Pruebas determinantes para acreditar el parentesco

Previamente a la tramitación de un Juicio tanto de Reclamación de Filiación Conyugal como de Investigación de Paternidad, el Código Civil para el Distrito Federal establece medios a través de los cuales se ha de comprobar la filiación cuando se carezca de acta de nacimiento o que esta fuere defectuosa, incompleta o falsa, y ésta es acreditarla mediante la posesión constante de estado de hijo.

Artículo 341 Código Civil para el Distrito Federal. "A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo . . ."

La existencia de la posesión constante de estado de hijo se desprende del artículo 343 Código Civil para el Distrito Federal, cuando " un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad . . ."

Además de lo anterior, según el artículo 343 Código Civil para el Distrito Federal, se requiere:

* Uso constante de los apellidos de los que pretenden ser el padre y la madre, con anuencia de estos.

- * Que el padre y la madre lo hayan tratado como un hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- * Tener la edad exigida para contraer matrimonio (que según el artículo 148 Código Civil para el Distrito Federal, es de dieciséis años cumplidos con el previo cumplimiento de los requisitos establecidos), más la edad del hijo que se va a reconocer.

Con el afán de modernización y actualización legislativa, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal estableció en el Código Civil para el Distrito Federal medios de prueba que dieran certeza y eficacia jurídica para el momento de pretender establecer el vínculo paterno filial mediante la actuación del órgano jurisdiccional.

De esta forma fueron establecidas disposiciones jurídicas que permiten el ofrecimiento de pruebas que aportan el avance científico.

Artículo 341 Código Civil para el Distrito Federal.

“ . . . En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen . . . ”

Artículo 382 Código Civil para el Distrito Federal. “ La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se

propusiere cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre."

En el desarrollo del presente trabajo, se ha demostrado lo obsoleto de las presunciones determinadas por el Derecho Romano para determinar el vínculo paterno filial, y visto que la paternidad difícilmente se acredita con las probanzas contenidas en la legislación procesal, es de elogiarse la regulación de las pruebas que aportan el avance científico. Con dichas probanzas es posible determinar el parentesco, mediante el análisis de pruebas biológicas (A.D.N.) que en su eficacia resulta hasta un 99.99 % de certeza, con lo que es posible en su caso establecer la verdad biológica y los vínculos jurídicos que han de emerger de esa realidad.

Atento al incansable avance científico, es de señalarse el aporte de pruebas científicas de entre las que podemos enumerar las siguientes:

* **PRUEBA HEMATOLÓGICA.**⁴⁶ Es aquella mediante la cual se realiza el análisis de los antígenos, que resultan ser sustancias que se encuentran en la superficie de los hematies de la sangre.⁴⁷Dichos antígenos se encuentran presentes en el hijo, en consecuencia deben proceder del padre o de la madre. A

⁴⁶ Zannoni. Op. cit. p. 453

⁴⁷ Glóbulo de la sangre, al cual debe ésta su color rojo, y que contiene la hemoglobina (glóbulo rojo)

efecto del análisis de los antígenos, debe establecerse el seguimiento de alguno de los sistemas que a continuación se mencionan, y que atienden a la clasificación de los antígenos en:

- Sistema sanguíneo ABO. Los antígenos diferentes pueden aparecer en los hematíes en forma separada o conjunta, o faltar ambos, con lo que se establecen los cuatro grupos sanguíneos: A, B, A/B y O.
- Sistema sanguíneo M y N. Que atiende a los casos en que en la sangre de los supuestos padres y el hijo se encuentren los factores M, N. Con lo que se puede clasificar la sangre en tipo M, N y tipo MN.
- Sistema sanguíneo Rhesus. Atiende a la presencia del factor Rh, el cual se encuentra constituido por tres genes: C, D y E. De lo cual la ausencia del gen D determina, si el factor Rh, es positivo o negativo.
- Sistema sanguíneo P. El cual atiende a que los glóbulos rojos contengan el factor tipo P positivo o negativo.

Pero a decir del maestro Zannoni, " el inconveniente de esta probanza radica en que el análisis de los sistemas mencionados, presentes en el hijo y los presuntos padres, no llevan a la conclusión de determinar el vínculo paterno filial."

⁴⁸ Pero no obstante ello, si puede determinar en el ánimo del juzgador una presunción, debido a la probabilidad que implican las concordancias en los sistemas antes mencionados. Es de gran mérito, si lo que se pretende es

⁴⁸ Op. cit. p. 455

determinar la imposibilidad del vínculo de filiación, por lo que se consideran la incompatibilidad de los grupos sanguíneos.

* **PRUEBAS ANTROPOMÓRFICAS**. Se atienden las características físicas de los presuntos padres y del hijo. Por lo que se atiende tanto los parecidos, diferencias externas, estructuras orgánicas internas. Podemos señalar como ejemplo las particularidades que se hallan en la columna vertebral (PRUEBA DE KUHNE).⁴⁹

* **PRUEBAS FISIOLÓGICAS**. Considera las similitudes o diferencias fisiológicas entre los presuntos padres y el hijo. Verbigracia, la presencia de enfermedades hereditarias.

* **SISTEMA HLA. (HISTOCOMPATIBILIDAD)**. Atiende a las proteínas que se encuentran en los leucocitos (glóbulos blancos), ya que estas son heredadas de padres a hijos a través de los genes . Los antígenos de este sistema se encuentran claros en el feto, y después del nacimiento se encuentran presentes durante la vida de la persona. Según Zannoni, " la gran posibilidad de combinaciones hace posible la determinación positiva de la paternidad y maternidad con una certeza, en ocasiones absoluta, pero en general, superior al 97%."⁵⁰

⁴⁹ Ibidem. p. 456

⁵⁰ Ibidem. p.457

El avance científico ha sido claro en lo que respecta al análisis de los aspectos genéticos, con ello fue posible determinar los vínculos biológicos que unen a padres e hijos, mediante el análisis del contenido de ADN, prueba contundente a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

A) Prueba pericial en genética (Idoneidad y certeza jurídica)

El A.D.N., "que es una molécula que registra las características genéticas hereditarias con capacidad de transmitir las en la división de la célula y en la descendencia de los individuos."⁵¹

" La molécula de ADN se encuentra en todas las células nucleadas del cuerpo y la información genética que acarrea es tan específica para cada individuo, que es posible identificar un líquido o tejido que provenga de un individuo específico con exclusión de todos los demás (excepto los gemelos idénticos)."⁵²

Es por ello que el análisis de las moléculas de ADN, resulta ser más específico que el de los clásicos grupos sanguíneos, además de ser más estable que ninguna otra proteína, lo cual impide que se pierda su integridad durante el envejecimiento.⁵³ No obstante el transcurso del tiempo, el perfil de ADN permite

⁵¹ Abeliuk Manasevich, Op. cit. P. 147

⁵² Tello Flores, Francisco Javier. Medicina Forense. 2ª Edición. Editorial Oxford, México. 2002. p. 107

⁵³ Tello Flores. Loc. cit.

distinguir a un ser humano de todos los demás, con excepción de los gemelos idénticos.

Para efecto de ofrecer dicha prueba pericial, es necesaria la existencia de evidencia biológica suficiente tal como sangre, líquido seminal, piel, hueso o tejido adherido a la raíz del pelo.

La prueba en comento resulta ser extremadamente complicada, ya que se requiere de personal con experiencia y amplios conocimientos, así como un equipo selecto, por lo cual su costo es alto.

La certidumbre que desprende la práctica de la prueba en cita, de igual forma se desprende de los criterios jurisprudenciales, atento a la idoneidad para acreditar el vínculo paterno filial. (VER ANEXO 1 de esta tesis).

No obstante ser la prueba idónea, y aportar certeza a los actos del Juez, principalmente al momento de emitir una sentencia definitiva, en relación a la prueba pericial antes citada, se han emitido criterios jurisprudenciales en el sentido de que con dicha prueba se afectan los derechos sustantivos de la persona a la que se someterá a dicha probanza, y en consecuencia se establece la procedencia del Juicio de Amparo Indirecto en contra del proveído que admite y ordena el desahogo de la prueba en química, con la que se pretende determinar el ADN de una persona. (Criterios visibles en ANEXO 2 de esta tesis).

De los criterios jurisprudenciales citados, se desprende la problemática centrada en cuanto al ofrecimiento, admisión y desahogo de la prueba pericial

en comento, pues si bien es cierto que el Código Civil para el Distrito Federal, permite el ofrecimiento de pruebas que aporte el avance científico como lo es el caso de la pericial en genética, también lo es que mediante los criterios antes citados se establecen obstáculos para el libre ofrecimiento de dichas probanzas. Primeramente porque al pretenderse ofrecer la pericial en genética, se requerirá del consentimiento del sujeto que aportará el material objeto del análisis, pues de lo contrario se violentarían sus derechos sustantivos. Lo que consideramos incongruente, pues debido a la certidumbre que expresa el análisis del ADN, fácil será negarse a la práctica de la probanza de referencia, para que con ello se cumplan los extremos de la tesis en cita, no pudiéndose desahogar la prueba con las consecuencias legales correspondientes, en especial, perjudicando al menor que pretendía establecer su vínculo paterno filial, mediante la probanza que no le ha sido admitida.

Se señala que si no existe el consentimiento previo, no puede coaccionarse al sometimiento de la probanza, pues con ello se contraponen a su voluntad, sus creencias o su idiosincrasia, pero:

ES TAMBIEN CONTRARIO A DERECHO PROCREAR UN HIJO SIN TENER LA RESPONSABILIDAD PARA RECONOCERLO, Y EN ESTE PUNTO, TAMBIEN ES CONTRARIO A LAS CREENCIAS E IDIOSINCRASIA NO SOLO DE UNA PERSONA SINO DE TODO UN PUEBLO Y DE TODA LA HUMANIDAD.

Asimismo, con el contenido de dichos criterios se deja sin efecto legal alguno el contenido del artículo 382 Código Civil para el Distrito Federal, que dispone:

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

puesto que en este sentido el apercibimiento contenido en el artículo en cita, no tendrá ningún efecto legal para coaccionar al sometimiento de la probanza, pues previo a la admisión de la prueba, se requiere el consentimiento respecto de quien será sujeto de la prueba, para que de esta forma se le extraiga la muestra necesaria, pero como ya mencionamos, en virtud de la certeza que aporta la prueba en comento, difícilmente se aceptará someter a dicha prueba, especialmente cuando realmente exista dicho vínculo sanguíneo y maliciosamente se niegue.

Por todo lo anterior expuesto, y al no existir prueba idónea para acreditar el vínculo jurídico del parentesco, se tendrá que dictar sentencia definitiva en la que no se reconozca el vínculo jurídico en comento.

De los criterios en cita solo se establece la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra del auto que admite y ordena el desahogo de la

prueba pericial en genética, sin que ello implique que se haya decretado la ilegalidad, o bien, inconstitucionalidad de la probanza, por lo que será necesario e imprescindible que se dicte un nuevo criterio jurisprudencial al respecto, es decir, ¿cuál será la finalidad, si en un momento se concede el amparo?, pues si se determina no admitir la probanza, tendremos que aceptar que las pruebas biológicas serán difícilmente admitidas en los procesos relativos al reconocimiento del vínculo paterno filial, admisibles solo cuando el sujeto al que se le imputa la paternidad, admita y otorgue su consentimiento para su desahogo.

CAPITULO TERCERO.-INCONGRUENCIA DE LAS DISPOSICIONES LEGALES DEL CCDF EN LOS CASOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA POST-MORTEM

En el presente capitulo procederemos a detallar la problemática relacionada con los seres humanos concebidos mediante métodos de fecundación asistida post-mortem, atento al contenido del Código Civil para el Distrito Federal, señalando las diversas figuras que serán afectadas por dichas técnicas, lo anterior, debido a la incongruencia existente entre el Libro Primero y el contenido de los restantes tres Libros del Ordenamiento Legal en cita, fijando el análisis principalmente por lo que hace al vinculo paterno filial.

Nos referimos ya a las dificultades que se han de presentar en el momento de pretender realizar el reconocimiento de los hijos concebidos post-mortem, debido a que los medios que señala el Código Civil para el Distrito Federal (Artículo 369), a saber: acta de nacimiento, acta especial, testamento, escritura pública o confesión judicial directa y expresa, resultan incompatibles para tal efecto.

Puntualizamos algunos aspectos relativos al parentesco entre el concebido post-mortem y el presunto padre biológico, atento a lo dispuesto por el artículo 293 Código Civil para el Distrito Federal mismo que reconoce el parentesco consanguíneo entre el hijo producto de fecundación asistida y quienes la consienten. En este punto hicimos referencia al ejercicio de la Patria Potestad,

pues aún cuando en este caso se establezca el parentesco consanguíneo, difícilmente ésta podrá ejercerse.

Establecimos que el Código Civil para el Distrito Federal contiene disposiciones jurídicas con las que se pretenden impulsar el reconocimiento voluntario de los hijos, pero ante la problemática de paternidad irresponsable, la legislación en cita contiene la regulación de las acciones con las que vía jurisdiccional se demanda el reconocimiento del vínculo paterno filial.

Establecimos también la necesidad del análisis de pruebas con las que se puede acreditar con certeza el vínculo paterno filial, y señalamos la idoneidad de las pruebas biológicas, según los criterios jurisprudenciales.

3.1 El reconocimiento de los hijos mediante sentencia ejecutoriada

Es obligación de los padres el reconocer a sus descendientes, pero ante la falta de reconocimiento voluntario, los hijos por sí o en su caso por conducto de su representante legal, tienen derecho a reclamarlo ante el Juez de lo Familiar en turno, con lo que se establecerá el vínculo paterno filial mediante la sentencia ejecutoriada que se dicte en el Juicio de Investigación de Paternidad o mediante el ejercicio de la Acción de Reclamación de Filiación Conyugal, según se trate respectivamente de hijos nacidos fuera o dentro de matrimonio.

Artículo 60 Código Civil para el Distrito Federal. “ El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.”

3.1.1 Necesidad del juicio de investigación de paternidad para acreditar la filiación

El Juicio de Investigación de Paternidad solo procede cuando quienes lo ejercitan son los denominados hijos nacidos fuera de matrimonio, es decir, aquellos que no se encuentran comprendidos dentro de las presunciones contenidas en el artículo 324 Código Civil para el Distrito Federal.

Y por el contrario, cuando se trate de hijos nacidos dentro de matrimonio, se establece la procedencia de la Acción de Filiación Conyugal (Vid. Capítulo 2.4.3, página 59 de ésta tesis).

Atento a lo anterior, es posible establecer la procedencia de uno u otro procedimiento de una manera clara, pero ante el supuesto de los hijos concebidos post-mortem, y debido a que resulta imposible el reconocimiento voluntario por parte del padre biológico, será necesario ejercitar la acción de reconocimiento de filiación conyugal, ya que el Código Civil para el Distrito Federal establece respecto de los concebidos post-mortem una naturaleza jurídica con la que resulta improcedente el Juicio de Investigación de Paternidad, pues éste sólo procede respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio, lo que resulta inexacto en el caso de los concebidos post-mortem, pues atento a lo dispuesto por el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal, estos nacen dentro de matrimonio, en consecuencia y como dejamos asentado, la que resulta procedente es la ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN CONYUGAL.

El artículo en comento establece la improcedencia de la acción de impugnación de paternidad respecto de los hijos concebidos mediante el empleo de los métodos de fecundación asistida, aún cuando estos nazcan con posterioridad a los trescientos días de la disolución del vínculo matrimonial, y no obstante que dicha disolución se derive de la muerte del cónyuge. (Vid. Capítulo 4.1, Fecundación post-mortem, Incongruencia del Código Civil para el Distrito Federal)

3.1.2 Necesidad de la prueba pericial en genética

En la actualidad resulta complicado establecer el vínculo paterno filial mediante la aplicación de simples presunciones legales, más aún cuando en la actualidad se aplican los métodos de fecundación asistida, y probablemente en forma aún más desafortunada, la práctica de la clonación. Por lo anterior, resultó necesaria la actualización legislativa para estar acorde con el progresivo avance científico, es por ello que actualmente se reconoce en el Código Civil para el Distrito Federal la precisión y certeza que aportan las pruebas biológicas (aproximadamente 99%), según los artículos siguientes:

Artículo 341 Código Civil para el Distrito Federal. " A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba

que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba. "

Artículo 382 Código Civil para el Distrito Federal. " La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre. "

No obstante la certeza e idoneidad de dichas pruebas, éstas son admitidas " salvo prueba en contrario", por lo que resulta de trascendental importancia el ofrecimiento y análisis de todas las pruebas que en su caso ofrezcan las partes, pues como señala en Dr. Ignacio Galindo Garfias:

" Hay que insistir en que la prueba hematológica es insuficiente y que en el caso de admitirla en el proyecto, deberá completarse con otros elementos probatorios que la doctrina moderna acepta y la experiencia corrobora, a saber: el examen comparativo de los caracteres morfológicos externos de la madre o del

padre (talla, forma de cabeza, facciones, impresiones digitales, etcétera), el examen de los caracteres antropogénéticos (actitudes, tipo de letra, gesticulaciones, timbre de voz, etcétera), examen de los signos semiológicos y patológicos transmisibles hereditariamente (predisposiciones especiales para determinadas enfermedades; lunares, coloración del iris), caracteres psicológicos, y en fin todos los elementos que el juez de lo familiar debe constatar directa y cuidadosamente, a través de la prueba de inspección de las personas de que se trata, para concluir de manera razonable y congruente lo que proceda en la sentencia que en su caso pronuncie."⁵⁴

En la actualidad es necesario el análisis de la prueba pericial en ADN, y en este sentido debemos atender dos aspectos íntimamente relacionados con el ofrecimiento, preparación y desahogo de la prueba pericial en genética, por un lado la actividad del oferente de la prueba, conjuntamente con la actividad jurisdiccional, y por otro la actividad del personal del laboratorio que realizará el análisis.

La prueba pericial en genética deberá ofrecerse cumpliendo las disposiciones relativas del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por lo que el oferente deberá señalar:

1. La calidad del perito, que en el caso que nos ocupa puede ser un Químico-farmacéutico-biólogo, quien previamente deberá acreditar su profesión, señalando el número de cédula profesional;

⁵⁴ Estudios de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 226-227



2. Asimismo se deberán señalar los puntos sobre los que versará la pericial y las cuestiones que se han de resolver, señalando el nombre, apellidos y domicilio del perito:

3. Relacionar la prueba con los hechos controvertidos, expresando los hechos que se tratan de demostrar, así como las razones por las cuales se estima que se demostrarán las afirmaciones (esto último según se desprende del artículo 291 del Ordenamiento en cita).

Una vez admitida la probanza el perito deberá comparecer ante el Órgano Jurisdiccional a efecto de aceptar y protestar el cargo conferido.

Por lo que hace a la actividad del laboratorio que practicará el análisis, éste debe de contar con todo el material necesario, así como con personal debidamente capacitado. Por lo que hace al Distrito Federal existen diversos laboratorios que entre sus servicios se cuenta el de practicar la prueba de paternidad mediante el análisis del ADN, de entre los que podemos señalar GRUPO PRECISIÓN DIAGNOSTICA, S.A. DE C.V., ubicado en Amores, número 942, Colonia del Valle, que aporta un porcentaje de efectividad del 99.9 %, con un costo total de \$ 8,000.00, se entregan los resultados en aproximadamente cuatro semanas, y el análisis se realiza en las instalaciones del laboratorio, también podemos mencionar el LABORATORIO DE BIOQUÍMICA ESPECIALIZADA, S.A., ubicado en Monclova, número 38, Colonia Roma, que aporta un porcentaje de efectividad de 99.5%, con un costo total de \$924.00 dólares, se entregan los resultados en aproximadamente quince días, y el análisis se realiza en el extranjero (Estados Unidos).

**ANÁLISIS CON
PRUEBA DE ORIGEN**

Es por ello, que actualmente, diversos laboratorios en el Distrito Federal tienen la posibilidad de practicar la prueba en comento, a los que se contratará cuando se tenga la posibilidad de pagar un perito particular.

También es pertinente señalar el contenido del último párrafo del artículo 353 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, séptimo párrafo, que establece que cuando el oferente se encuentre asesorado por la Defensoría de Oficio, y ésta no tenga el perito correspondiente, el Juez nombrará un perito oficial de alguna institución pública, lo que en ocasiones también se presenta cuando el oferente no tiene los recursos económicos para pagar los honorarios del perito particular.

Artículo 353 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. " . . . Cuando la parte que promueve lo haga a través de la Defensoría de Oficio y ésta no cuente con el perito solicitado, el Juez previa la comprobación de dicha circunstancia, nombrará un perito oficial de alguna institución pública que cuente con el mismo; cuando dichas instituciones no cuenten con el perito requerido, el Juez nombrará perito en términos del primer párrafo del presente artículo, proveyendo al perito lo necesario para rendir su dictamen, así como en el caso de que se nombre perito tercero. "

Las instituciones que regularmente son requeridas para designar un perito oficial, son la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por medio de la Coordinación General de Servicios Periciales, Dirección de Servicios

Centralizados; y en su defecto o porque se carezca del material o personal requerido, se solicita a la Procuraduría General de la República, solicitud que se realiza mediante atento oficio girado por el Juez del conocimiento. Por lo que hace a la práctica de la prueba pericial en genética, ésta se practica en el Laboratorio de Genética de ubicado en Jaime Nunó, 25, Esquina Reforma Norte, Colonia Morelos, Delegación Cuauhtemoc, debiéndose girar el oficio respectivo a la Dirección de Coordinación de Biología Molecular, Departamento de Genética Forense.

Toda vez que la tesis que se presenta no tiene la finalidad de establecer un análisis pormenorizado de los aspectos de la prueba pericial, con lo expresado damos por terminado el presente punto, concluyendo que en la actualidad es necesaria la prueba pericial en comento, debido al alto porcentaje de certeza que se obtiene con sus resultados, dejando también asentada nuestra posición en relación a la admisión del Juicio de amparo indirecto en contra del auto que admite y ordena el desahogo de la probanza. (Vid. 2.4.5 – A).

A) Exhumación de cadáver acto necesario para el desahogo de la prueba pericial en los casos en que se carece de muestra.

Ante el ofrecimiento, preparación y desahogo de la prueba pericial en genética, se deben observar y cumplir las disposiciones legales que han quedado precisadas.

Pero en el caso de que dicha prueba se ofrezca en los procedimientos judiciales que promuevan los concebidos post-mortem para que se reconozca su

vínculo paterno filial correspondiente, la muestra tendrá que extraerse del cadáver del supuesto padre, siendo necesario promover la exhumación del cadáver.

La exhumación de cadáver " Se efectúa , por orden judicial; en este último caso se busca practicar una autopsia u otro reconocimiento, tendiente a establecer la causa de la muerte o a recoger algún dato necesario para la investigación judicial. "55

Previo al procedimiento de la exhumación, el Juez de lo Familiar deberá notificar a la Secretaría de Salud, para el caso de que de no haber inconveniente ésta se practique. Se notificará también al Juez del Registro Civil correspondiente. Por supuesto, también se notificará al perito designado para que éste directamente tome la muestra respectiva. Por último, se notificará al H. Cuerpo de Bomberos de la zona, para que se proporcionen elementos a su cargo, pues realmente son ellos quienes excavan y realizan el procedimiento de la exhumación.

En el caso que se expone, toda vez que el Juez de lo Familiar fue quien ordenó la exhumación, se recomienda que éste comparezca a la practica de la misma conjuntamente con su secretario de acuerdos, ello para cerciorarse de que la muestra precisamente se extrae del cadáver, también debiendo estar presentes en el momento en que se realice el análisis, pero desafortunadamente el Juez de lo Familiar regularmente comisiona a su Secretario de Acuerdos para tales efectos, y en la mayoría de las diligencias de referencia.

⁵⁵ Quiroz Cuarón, Alfonso. Medicina Forense. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. México, 1999., p. 601

Aún cuando la muestra se extraiga de un cadáver, esto no es motivo suficiente para restar valor al resultado de la probanza, pues en entrevista directa con el doctor Juan Manuel Armengol, médico forense del Servicio Médico Forense del Distrito Federal, señaló que " es posible determinar el ADN de una persona aún cuando éste haya fallecido, no obstante los años que transcurran, pues el ADN no resulta afectado por dicha condición, además si fue posible determinar el ADN de los animales prehistóricos, en los que han transcurrido millones de años, ¿qué no se puede hacer cuando sólo han transcurrido algunas décadas? . . . "

3.1.3 Efectos jurídicos del reconocimiento de los hijos (artículo 389 Código Civil para el Distrito Federal)

Dejamos claro que es posible decretar el vínculo paterno filial mediante sentencia ejecutoriada, no obstante que se trate de concebidos post-mortem. Dicho reconocimiento establece una relación jurídica que impone entre las personas que intervienen derechos y obligaciones mutuos, por lo que podemos señalar que al decretarse el reconocimiento emanan multitud de efectos jurídicos, pero aquí cabe hacer mención del artículo 353 BIS CCDF:

Artículo 353 BIS CCDF. " Aunque el reconocimiento sea posterior, los hijos adquieren todos sus derechos desde la fecha de nacimiento que consta en la primera escritura. "

Lo anterior implica que dichos efectos jurídicos se disfrutan en forma retroactiva.

Señala el maestro René Abeliuk Manasevich, "... Los efectos de la filiación son todos aquellos derechos y obligaciones que emanan de la relación de padre o madre e hijo y de ahí con los demás parientes y cónyuge, ..." ⁴⁶

Efectos jurídicos que según el maestro en cita, son⁴⁷:

- 1) El estado civil y su registro, con gran trascendencia en la prueba y acreditación de la filiación
- 2) Los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, y entre ellos el cuidado de los menores, los apellidos y uso por los hijos, etc.
- 3) La patria potestad, ...
- 4) El deber de socorro económico y su traducción en juicio, que son los alimentos.
- 5) La intervención familiar en las guardas, y
- 6) Los derechos hereditarios derivados del parentesco.

"... A partir de la filiación se establecen y regulan derechos tales como los de reconocer nuestro origen, quienes son nuestros progenitores; tener un nombre con el o los apellidos de nuestro padre y/o madre; a ser alimentados por ellos; a recibir nuestra parte de la herencia y los alimentos que establece la ley, y a tener, en caso dado, vínculos con alguna de las familias de origen que en la medida de sus posibilidades, y conforme con la ley, nos proporcione los medios para poder tener una vida plena que nos permita desarrollarnos integralmente. Por tanto

⁴⁶ Op. cit. P. 273

⁴⁷ Ibidem

existe la obligación de los progenitores en cuanto al cumplimiento de los derechos de sus hijos. " 58

De esta forma, procederemos al análisis de los efectos jurídicos que se señalan en el artículo 389 Código Civil para el Distrito Federal.

" 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 fije la ley; y
- IV. Los demás que se deriven de la filiación."

Es necesario el análisis por separado de cada una de las fracciones enunciadas con anterioridad: (vid. Capítulo 3.2, 3.3, 3.4).

Pero por lo que hace a la fracción IV del artículo de referencia, solo nos remitiremos a señalar que se desprenden entre otros derechos, el de recibir la protección de los padres, derecho que se cumple mediante el ejercicio de la **Patria Potestad**. Se pretende la protección de la persona y los bienes de los menores no emancipados, lo que en el caso de los concebidos post-mortem será imposible, según ha quedado asentado en párrafos anteriores.

⁵⁸ Pérez Contreras, María de Monserrat. Derechos de los Padres y de los Hijos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 2000. p.28

3.2 El patronímico del concebido POST-MORTEM

La fracción I del artículo 389 Código Civil para el Distrito Federal establece como obligación de los padres el de reconocer a sus hijos, en consecuencia deberán presentarlos ante el Juez del Registro Civil a efecto de expedir el acta de nacimiento, lo que puede darse en cualquiera de los supuestos que contiene el tercer párrafo del artículo 58 Código Civil para el Distrito Federal;

" . . . En el caso del artículo 60 de éste Código, el Juez del Registro Civil pondrá el apellido paterno de los progenitores o los dos apellidos del que lo reconozca. "

Obligación que difícilmente se cumplimentará por lo que hace a los casos de fecundación post-mortem, pues resulta imposible la comparecencia del supuesto padre ante el Juez del Registro Civil, en consecuencia, se deberán poner los dos apellidos de la persona que comparece al reconocimiento. Por supuesto, queda a salvo el ejercicio de la acción correspondiente para decretar el vínculo paterno filial, es decir, a través de una sentencia ejecutoriada (Vid. capítulo II).

3.2.1 Las actas de nacimiento como forma de acreditar el vínculo paterno filial

El vínculo paterno filial se acredita y prueba primeramente mediante los respectivos certificados que otorga el Registro Civil (Vid. artículo 340 Código Civil

para el Distrito Federal), y a falta de estos se puede recurrir a otras formas para acreditarlo, mismas a las que ya hicimos referencia en los capítulos anteriores.

El acta de nacimiento es un documento que comprueba el estado civil de las personas, es decir;

" . . . Son documentos auténticos, destinados a proporcionar una prueba cierta del estado civil de las personas. Se han de levantar precisamente en registros públicos, que constan de formas especiales y que se llevan en las oficinas del Registro Civil. " ⁵⁹

Derivado de la importante función y trascendencia que tienen las actas de nacimiento, es preciso que el personal del Juzgado del Registro Civil, cumpla con las disposiciones contenidas en el Código Civil para el Distrito Federal, pues dichos documentos hacen prueba plena, según se desprende del artículo 50 del Ordenamiento citado.⁶⁰

De esta forma, ante el cumplimiento de la obligación de declarar el nacimiento de los hijos, los padres o en su defecto los ascendientes para el caso de que llegaren a faltar aquellos, comparecerán ante el Juez del Registro Civil para presentar al niño, cumpliendo con lo dispuesto en los artículos 58 y 59 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁵⁹ Vid. Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit., p 427

⁶⁰ " Las actas del Registro Civil extendidas conforme a las disposiciones que preceden hacen prueba plena en todo lo que el juez del Registro Civil, en el desempeño de sus funciones, da testimonio de haber pasado en su presencia, sin perjuicio de que el acta pueda ser redarguida de falsa. "

3.2.2 Imposible comparecencia del padre del concebido post-mortem ante el Juez del Registro Civil

Señalamos que para establecerse el vínculo paterno filial mediante reconocimiento voluntario, se requiere la comparecencia de quien reconoce, sea en forma personal o por conducto de mandatario especial ante el Juez del Registro Civil.

Artículo 44 Código Civil para el Distrito Federal. “ 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.”

En los casos de concepción post-mortem, el padre biológico ha fallecido, por lo que resulta imposible su comparecencia ante el Juez del Registro Civil para expresar su consentimiento de reconocer a su descendiente.

Tampoco resulta procedente la designación de mandatario especial, pues el mandato se revoca con la muerte del otorgante, por lo que éste queda sin

efecto alguno, (Vid. artículo 2595 Código Civil para el Distrito Federal, ya transcrito).

Por lo expuesto, resulta aplicable el contenido del artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal, pues el supuesto de los concebidos post-mortem no se encuentra contemplado en ninguna de las fracciones del artículo 324 del mismo ordenamiento citado.

Artículo 370 Código Civil para el Distrito Federal. " Cuando el padre o la madre reconozca separadamente un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad. "

En este caso se registrará con los dos apellidos del compareciente, con lo que no podrá acreditarse el entroncamiento de parentesco con su supuesto padre. Además es de señalarse que dicho artículo otorga el derecho de promover la investigación de paternidad o maternidad, pero como ya explicamos, en los supuestos de concepción post-mortem la acción procedente es la reclamación de filiación conyugal.

Resultará improcedente expedir un acta de nacimiento en los casos de fecundación post-mortem, cuando se pretenda el reconocimiento voluntario, pues para ello, se requiere la comparecencia ante el Juez del Registro Civil, lo que resulta ilógico atento al fallecimiento del padre biológico, y debido a la extinción del

mandato otorgado en términos del artículo 44 del Código Civil para el Distrito Federal.

Resulta aplicable en este contexto el contenido de la tesis jurisprudencial, **HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO. FORMALIDADES PARA EL RECONOCIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).** (VER ANEXO 3 de la presente tesis).

Caso distinto se presentará cuando se pretenda dar cumplimiento a una sentencia ejecutoriada que reconozca el vínculo paterno-filial de los concebidos por fecundación post-mortem, pues ante la orden del Juez de lo Familiar el Juez del Registro Civil no le restará más que expedir el acta de nacimiento correspondiente, no obstante que el padre biológico hubiere fallecido con anterioridad a la concepción de su hijo. Situación a la que en forma concreta nos hemos de referir en el apartado 3.5.

3.3 El hijo concebido post-mortem y su derecho a percibir alimentos de la Sucesión

Otro efecto jurídico derivado del reconocimiento de los hijos, es el de proporcionar alimentos, es decir, el establecimiento de la obligación alimentaria, que resulta ser:

“ . . . un deber moral, pero es también un deber jurídico y en esa medida el Estado debe ser un ente activo en las relaciones familiares . . . ”⁶²

⁶² La Obligación Alimentaria: Deber Jurídico, Deber Moral. Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, 1998. p. X

Por un lado existe la aplicación de un derecho natural a dar y percibir alimentos, pero de igual forma y mediante la actividad del legislador, resulta ser también derecho positivo y vigente, con lo anterior se crea en el ánimo del obligado el deber de proporcionarlos independientemente de su voluntad de cumplir.

A decir de la Doctora Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña:

" La obligación alimentaria es el deber recíproco que tienen determinadas personas de proporcionar a otras, igualmente determinadas, comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad, tratándose de menores de edad, incluyen los gastos de educación."⁶³

Cabe apuntar que la obligación alimentaria no se extingue con la muerte, en consecuencia se debe dejar disposición relativa al cumplimiento de dicha obligación, y en defecto de ella la ley señala los extremos para darse su cumplimiento, por supuesto, siempre y cuando se éste ante los supuestos señalados en el artículo 1368 Código Civil para el Distrito Federal, según lo establece el artículo 1371 del mismo Ordenamiento, ambos artículos que en ninguna de sus partes contempla el derecho de alimentos en favor de los concebidos post-mortem.

Artículo 1371 CCDF.

" Para tener derecho de ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos fijados en el

⁶³ Ibid. P. 15

artículo 1368 y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta o adquiera bienes, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior.”

En el tema que nos ocupa resultan aplicables las primeras dos fracciones del artículo 1368 Código Civil para el Distrito Federal:

“ El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

I. A los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales se tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;

II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior; ...”

Se han señalado los casos en los cuales procede reclamar alimentos, pero las disposiciones antes transcritas no otorgan derecho a alimento por lo que hace a los casos de fecundación post-mortem, por lo que podemos señalar que estos no tendrán derecho para reclamarlos (Vid. 3.3.2)

3.3.1 El hijo póstumo y los casos de fecundación post-mortem

En el capítulo primero de la presente tesis hicimos referencia a los avances científicos y tecnológicos, nos referimos también a los aspectos de ingeniería genética, y en el caso concreto los aspectos de la fecundación asistida. Dichos avances científicos acentúan aún más el notable atraso legislativo, con lo que diversas instituciones jurídicas resultan inaplicables atento al contexto de la ley vigente.

Lo anterior, se comprueba una vez más, cuando se pretende establecer la naturaleza jurídica de los concebidos post-mortem, pues el Código Civil para el Distrito Federal omite disposición alguna al respecto, resultando inaplicables las disposiciones jurídicas relativas al hijo póstumo, ello cuando se pretenda un supuesto analógico para el caso propuesto.

Son inaplicables debido a que el hijo póstumo, es aquél que se encuentra concebido a la muerte del de cujus, por lo que le beneficia el contenido del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal (ya transcrito), y tendrá derecho en consecuencia al disfrute de los derechos consagrados por el artículo 389 del citado ordenamiento, siempre y cuando se cumplan los extremos de los artículos 337 y 324 fracción II del multicitado Código, pues es exacto señalar que si la concepción se dio antes de la muerte del cónyuge, su hijo nacerá dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del vínculo matrimonial, y precisamente para que se de el reconocimiento de sus derechos se requiere que nazca vivo y

viable. En este tenor se deberá atender los dispositivos del Código Civil para el Distrito Federal relativos a la viuda que ha quedado encinta.⁶⁴

Según se desprende además del contenido del artículo 1377 Código Civil para el Distrito Federal:

“ . . . el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa. ”

De lo expuesto, se desprende que no se puede reconocer ningún derecho en favor de los no concebidos, lo que además se desprende del artículo que a continuación se transcribe. (Vid. 3.3.2 y 3.4.1 en ambos la parte final), todo ello atento al contexto del Código Civil Vigente en el Distrito Federal, con todas las injusticias que el caso amerita, pues los concebidos post-mortem, son de igual forma seres humanos, quienes tienen el derecho de gozar de las prerrogativas constitucionales.

Artículo 353 QUATER del Código Civil para el Distrito Federal.

“ Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.”

Con lo que aún cuando nazcan con posterioridad a su muerte, el cónyuge previamente reconoció a su hijo concebido, quien tendrá todos los derechos inherentes, siempre que se cumpla lo dispuesto por el artículo 337 antes citado.

⁶⁴ Vid. Artículos 1638 al 1648 CCDF

A decir del Doctor Julián Guitron Fuentes⁶⁵:

“ El hijo póstumo, que nace después de que el dueño de los bienes muere, tiene derecho a la herencia, siempre y cuando nazca con ciertas características legales. ”

Además señala que:

“ . . . los hijos reconocidos, ya sea por testamento, por un acto voluntario, o ante Juez, tienen derecho a la herencia de quien o quienes lo reconocen, siempre y cuando tengan el acta de nacimiento o de reconocimiento hecho por el de cujus (progenitor fallecido) o autor de la herencia . . . ”⁶⁶

Es por ello que los supuestos de fecundación asistida post-mortem, no se desprenden del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, mucho menos del contenido del artículo 337 del mismo ordenamiento, y más grave aún, pues no se encuentran comprendidos en el artículo 324 ya citado, mismo que establece la presunción de los hijos nacidos dentro de matrimonio.

Por lo anterior, es imposible aplicar el régimen jurídico del hijo póstumo, estableciéndose una laguna en la ley que imposibilita el disfrute de los derechos de los concebidos post mortem, y con lo que se demuestra nuevamente la incongruencia de dicha figura con la legislación civil local.

⁶⁵ ¿Qué puede hacer con sus bienes antes de morir? Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 1993. p. 83

⁶⁶ Guitron Fuentes, Julián. Op. cit., p. 105

3.3.2 El derecho del concebido post-mortem a recibir alimentos

Señalamos que la obligación alimentaria es exigible aún con posterioridad a la muerte del deudor alimentario, pero dicha obligación sólo se cumplirá por lo que hace a los hijos nacidos, y en su caso de los hijos póstumos, pues ante lo inaplicable de los dispositivos del Código Civil para el Distrito Federal, en los casos de concepción post-mortem, los así concebidos no tendrán derecho a percibir alimentos respecto de su padre biológico, aún y cuando en un momento determinado se logre establecer el vínculo paterno filial mediante una sentencia ejecutoriada. Por ello, no es posible decretar alimentos en favor del concebido post-mortem, respecto de su padre biológico (es decir, con cargo a la masa hereditaria).

Con lo anterior expuesto, **claramente se afecta en forma injusta a los concebidos post-mortem, pues se trata en forma desigual a los iguales, ya que en ambos casos se trata de seres humanos**, y dichas consecuencias existen por la sola regulación de la fecundación asistida post-mortem, lo que a su vez creó lagunas en la ley, es decir, el ordenamiento legal aplicable carece de una regla específica con la que el Juez en su caso pueda resolver las controversias que se deriven, **ES POR ELLO QUE EN EL PRESENTE TRABAJO SE PROPONE SE REFORMEN LOS DISPOSITIVOS QUE LE DIERON VIGENCIA, A EFECTO DE EVITAR TODAS Y CADA UNA DE LAS INJUSTICIAS A QUE SERÁN SUJETOS LOS CONCEBIDOS POST-MORTEM.**

Pero es preciso meditar respecto del caso en que a la fecha se haya practicado alguna fecundación en las condiciones antes señaladas, y también cabe preguntarnos la forma en que resolverán los órganos jurisdiccionales.

Ante la problemática planteada, y a efecto de obtener el criterio que en su caso aplicarían los órganos jurisdiccionales competentes, nos dimos a la tarea de comentar dicha situación con diversos Jueces de lo Familiar de la competencia del Distrito Federal, los que establecieron la procedencia de la aplicación de los Principios Generales del Derecho, señalando que mediante la aplicación del artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal, probablemente se resolvería la problemática planteada con mucha mayor igualdad y en un plano de justicia.

Artículo 19 Código Civil para el Distrito Federal. " Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho. "

Con el fin de obtener una administración de justicia que goce de un trato igualitario a todos los iguales, y toda vez que las figuras analógicas no resultan aplicables al caso concreto, la aplicación de los principios generales del derecho, llevará probablemente al Juez competente a emitir una resolución justa, y benéfica para los que sin consentirlo tienen el estigma de concebido post-mortem, con lo que en un momento determinado disfruten de los derechos que como hijo son contemplados en la legislación.

Pues de aplicarse en forma expresa y en su contexto el Código Civil para el Distrito Federal, es decir, en el sentido de no reconocer el derecho de alimentos en favor de los concebidos post-mortem, se estaría violentando con ello diversos dispositivos del propio ordenamiento en cita, y aún más trascendente la violación a los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal.

“ Los padres están obligados a dar alimentos a su hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. ”

Asimismo, se viola el derecho consagrado en los párrafos VI y VII del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶⁷

“ Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. ”

⁶⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México, 2002

Solo en este punto, y para no pasar por alto, cabe señalar que para el maestro Eduardo García Maynez los Principios Generales del Derecho son aplicados por el órgano jurisdiccional, sólo cuando su aplicación no se opone al contenido de la propia legislación vigente.

“ . . . los principios generales que le sirvan de base para llenar lagunas de la ley, no deben nunca oponerse a los preceptos contenidos en ésta . . . ”⁶⁸

3.4 Los concebidos post-mortem en la sucesión de su padre biológico

Se desprende del contenido del artículo 389 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal, que derivado del reconocimiento de los hijos se establece el derecho a percibir la porción hereditaria tanto de los padres en favor de los hijos y viceversa, pero entrándose del tema que se desarrolla únicamente nos referiremos a los derechos hereditarios que se derivan en favor de los hijos respecto de sus ascendientes.

Como ya señalamos en capítulos anteriores, resulta difícil integrar a los concebidos post-mortem dentro del marco jurídico del ordenamiento Civil del Distrito Federal, por lo que atento al contexto de dicho ordenamiento, procederemos al análisis de los derechos hereditarios cuando estos son reclamados por los concebidos post-mortem, y cuando dichos derechos se deriven del supuesto padre biológico.

⁶⁸ García Maynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2001

El maestro Rafael Rojina Villegas, señalaba que era necesario analizar los problemas que se pueden presentar en el momento de pretender el reconocimiento de los derechos hereditarios cuando la declaración de heredero o legatario correspondía a la de un ser concebido no nacido,⁶⁹ situación que en la actualidad no resulta tan complicada decretar, pero por el contrario nos vemos en el problema de decidir respecto de los derechos de los concebidos mediante fecundación asistida post-mortem.

3.4.1 Consideraciones generales

Los derechos hereditarios se disfrutarán a partir del momento en que fallece el causante de la sucesión, por ello debemos entender que la sucesión en este caso se da por causa de muerte o mortis causa, que según el Doctor Ernesto Gutiérrez y González es:

“ . . . EL REGIMEN JURÍDICO TANTO SUSTANTIVO COMO PROCESAL, POR MEDIO DEL CUAL SE REGULA LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES, DERECHOS Y OBLIGACIONES PATRIMONIAL PECUNIARIOS DE UNA PERSONA FÍSICA LLAMADA CAUSANTE A OTRA U OTRAS FÍSICAS O MORALES LLAMADAS CAUSAHABIENTES, ASÍ COMO LA DECLARACIÓN O EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES MANIFESTADOS, PARA DESPUÉS DE LA MUERTE DEL CAUSANTE. ”⁷⁰

⁶⁹ Vid. Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Editorial Porrúa. México, 1997.

⁷⁰ Derecho Sucesorio, Inter vivos y mortis causa. Editorial Porrúa, S.A., México, D. F., 2002., p. 80 - 81

Del concepto anterior se desprende la existencia de elementos personales denominados: CAUSANTE Y CAUSAHABIENTE (S). Los causahabientes serán designados por el propio CAUSANTE y en su defecto se designan en forma expresa y en orden estricto por el Código Civil para el Distrito Federal. Por lo que según el artículo 1282 del citado ordenamiento, se distinguen dos especies de sucesión por causa de muerte: testamentaria y legítima.

“ La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. “

De esta forma, y mediante el procedimiento sucesorio que corresponda al caso concreto, se reconocerán y ejercerán los derechos hereditarios, por lo que se designará a los sucesores (sea que se trate de herederos o legatarios), y en su momento se realice la adjudicación de los bienes que integran la masa hereditaria.

Pero la solución no será tan sencilla para el caso en que se pretenda el reconocimiento y ejercicio de los derechos hereditarios de los concebidos post-mortem, pues como se demostrará más adelante, resultan inaplicables las disposiciones tanto de la sucesión legítima como de la testamentaria.

Ya que aún cuando se acredite el parentesco del concebido post-mortem respecto del de cuius, ello no será suficiente para decretar el reconocimiento de sus derechos hereditarios, porque para el caso de conflicto los herederos que previamente hayan sido convocados podrán, y en su caso deberán deducir la acción de incapacidad para heredar que tiene el hijo concebido post-mortem, y

que resulta ser la falta de personalidad jurídica en términos del artículo 1313 y 1314 ambos del Código Civil para el Distrito Federal. (Vid. Capítulo 3.4.5).

Artículo 1313 Código Civil para el Distrito Federal. " Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto, pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

- I. Falta de personalidad; . . . "

Artículo 1314 Código Civil para el Distrito Federal. " 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."

Es por ello que podemos anticipar que los concebidos post-mortem carecen del derecho hereditario respecto de su padre biológico, aún cuando se acredite el vínculo paterno filial con la sentencia ejecutoriada que así lo determine, pero con las salvedades expresadas con anterioridad (Vid. 3.3.2), pues manifestamos que atento a la opinión de diversos Jueces de lo Familiar del Distrito Federal, mediante la aplicación de los Principios Generales del Derecho, puede ser

posible el reconocimiento, y en su caso, el disfrute de dichos derechos por los así concebidos, por lo que remitimos al punto antes citado.

Llama la atención el contenido de la tesis que a continuación se cita, debido a que de ella se desprende que no resulta necesaria la tramitación previa de un procedimiento judicial para el reconocimiento de la paternidad, sino que se puede reclamar en el mismo procedimiento en el que se promueve la acción de petición de herencia, tesis que resultará inaplicable en el contexto de la fecundación asistida post-mortem.

PETICIÓN DE HERENCIA, JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y DEMOSTRACIÓN DE LA POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL. PUEDEN DECIDIRSE EN UN SOLO JUICIO. (Ver ANEXO 4 de la presente tesis).

Consideramos inaplicable el criterio antes citado para el caso de fecundación asistida post-mortem por las siguientes razones:

1. Dejamos claro que según el contenido de la legislación civil vigente, el concebido post-mortem se presume que es hijo de los cónyuges aún cuando éste nazca fuera de los plazos establecidos en la propia ley, en consecuencia no es procedente el juicio de investigación de paternidad, sino por el contrario la reclamación de filiación conyugal.

2. También señalamos que la única forma mediante la cual se puede decretar el reconocimiento de los hijos concebidos post-mortem es mediante sentencia ejecutoriada, por lo que no resulta aplicable la posesión constante de

estado de hijo, por la simple razón de que al concebirse al hijo el padre ya había muerto.

Por las razones expuestas, consideramos que resultará necesaria la tramitación del juicio de reconocimiento de filiación conyugal, y una vez decretado dicho vínculo jurídico, ejercitar la acción de petición de herencia que solo será un mero trámite, pues atento al contexto del Código Civil para el Distrito Federal, no deberá de reconocerse efecto legal alguno.

3.4.2 Las ilegales sustituciones fideicomisarias, única forma de reservar la herencia para el concebido post-mortem

Habrà sustitución fideicomisaria,

" . . . cuando el heredero tenga la doble obligación de conservar por cierto tiempo los bienes heredados, y después transmitirlos gratuitamente a otra persona que hubiere designado el testador.

Si no se le dan estas dos obligaciones, no hay sustitución fideicomisaria. "72

Por ello, la única forma por la que se puede reservar la porción hereditaria en favor de los concebidos post-mortem es mediante la aplicación de las sustituciones fideicomisarias.

Cabe en este punto transcribir lo señalado por los maestros Luis Díez – Picazo y Antonio Gullón 73 :

⁷² Gutiérrez y González, Ernesto. Ob. cit., p. 201

⁷³ Díez-Picazo y Gullón Antonio. Instituciones de Derecho Civil. Volumen II/2. Derecho de familia – Derecho de Sucesiones. Editorial Tecnos. España, 1998., p. 227

“ ¿Es posible que un llamamiento hecho a personas que no se hallen concebidas siquiera a la muerte del testador (nondum concepti) sea eficaz? No hay en nuestro Código civil un artículo que lo admita expresamente de una manera general, pero sí implícitamente al regular la sustitución fideicomisaria, que permite que los testadores llamen en orden sucesivo a los herederos, incluso a los que no conocen al morir por no existir. ”

Lo anterior, se desprende del contenido del artículo 781 del Código Civil Español ⁷⁴, a saber:

“ Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del nacimiento del testador. ”

En otras palabras las sustituciones fideicomisarias tiene por objeto encargar a una persona para que conserve y transmita a un tercero todo o parte de la herencia, sin que ello implique una lista interminable de sustituciones, estableciéndose como límite al segundo llamamiento que haga el de cuyos, cuando se refiera a personas que no viven al tiempo del causante de la sucesión.

⁷⁴ Farre Alemany Joseph M *. Código Civil Español, Comentado y concordado. Editorial BOSCH, S.A. España, 2001., p. 767

La figura en comento, resulta incompatible e ilegal en el ámbito del Distrito Federal atento al contenido del Código Civil para el Distrito Federal, pues como se desprende del artículo 1473, en forma expresa se encuentran prohibidas las sustituciones fideicomisarias.

“ Quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias y cualquiera otra diversa de la contenida en el artículo anterior, sea cual fuere la forma de que se la revista. ”

En consecuencia, resulta improcedente reservar el derecho hereditario en favor de los no concebidos, y además ello resulta incompatible con los tipos de sucesión antes señaladas.

En este punto consideramos necesario hacer hincapié respecto de la injusticia, y principalmente por lo que hace al trato desigual de los iguales, es decir, en ambos casos se trata de seres humanos, independientemente de la forma en que hayan sido concebidos, y en éste punto nos remitimos a lo expuesto en el punto 3.3.2 del presente trabajo. Lo anterior, por lo que hace a la posible aplicación de los Principios Generales del Derecho, a efecto de dictar una resolución justa en la que se reconozcan los derechos que como hijo tiene derecho a disfrutar, pero sin pasar por alto que si se aplica en forma expresa y literal el contenido del Código Civil para el Distrito Federal, la resolución que el Órgano Jurisdiccional dictará, será la de desconocer los derechos de los concebidos post-mortem.

3.4.3 El concebido post-mortem en la Sucesión testamentaria

A decir del Doctor Ernesto Gutiérrez y González ⁷⁵, la sucesión testamentaria:

" ES LA SUCESIÓN EN TODOS LOS BIENES Y EN TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PECUNIARIOS DE UNA QUE FUE PERSONA FÍSICA, DESPUÉS DE QUE FALLECE, POR LA O LAS PERSONAS QUE AQUÉLLA DESIGNÓ, A TRAVÉS DE UNA MANIFESTACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD, CONOCIDA O DENOMINADA COMO TESTAMENTO. "

Como se desprende del concepto antes señalado, el testamento es requisito sine qua non para la procedencia de esta especie de sucesión. Institución jurídica que se conceptúa como:

" . . . EL ACTO JURÍDICO UNILATERAL, PERSONALÍSIMO, REVOCABLE, LIBRE Y FORMAL, POR MEDIO DEL CUAL UNA PERSONA FÍSICA CAPAZ, DISPONE DE SUS BIENES Y DERECHOS, Y DECLARA O CUMPLE DEBERES PARA DESPUÉS DE SU MUERTE. " ⁷⁶

El testador señalará a sus sucesores (herederos o legatarios), instituyéndolos en el testamento, quienes se encargaran de cumplir las disposiciones testamentarias sea adquiriendo bienes y/o derechos, o declarando y/o cumpliendo deberes.

⁷⁵ Ibidem., p. 96

⁷⁶ Ibidem., p. 137

Pero es de hacerse notar que la validez del testamento no depende de la institución de herederos, de tal manera que aquél puede existir aún cuando no se instituya alguno, o bien, cuando el heredero instituido no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

Artículo 1378 Código Civil para el Distrito Federal. " El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. "

En este tenor, y mediante una errónea interpretación de dicho artículo, se puede establecer que el concebido post-mortem será designado en la sucesión de su padre biológico, ya que no es óbice que el heredero sea incapaz, atento a lo dispuesto por el artículo transcrito, pero ello resultaría ilegal e improcedente debido a que no puede instituirse como heredero a una persona que aún no existe, es decir, aún no es concebida, pues debe señalarse su nombre y apellido. Resultan aplicables los artículos 1386 y 1387 ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 1386. " El heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido y si hubiere varios que tuvieran el mismo nombre y apellido, deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiere nombrar. "

Artículo 1387. " Aunque se haya omitido el nombre del heredero, si el testador le designare de otro modo que no pueda dudarse quien sea, valdrá la institución. "

* Del contenido del artículo 1390 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la institución de heredero debe recaer sobre persona cierta y cosa que sea identificable, so pena de ser declarada nula la disposición testamentaria. Por lo que en el caso de los concebidos post-mortem no sólo se trata de personas inciertas, sino más grave aún son inexistentes, y la inexistencia no produce ningún efecto legal.

Artículo 1390 Código Civil para el Distrito Federal. " Toda disposición a favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas. "

Ahora bien, en la sucesión testamentaria existe una figura jurídica sobresaliente, que se presenta en el momento en que el testador no dicte disposición alguna en relación al cumplimiento de su obligación alimentaria, por supuesto nos referimos al TESTAMENTO INOFICIOSO, según se desprende del contenido del artículo 1374 del Código Civil para el Distrito Federal, a saber:

" Es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimenticia, según lo establecido en éste Código. "

Quedo asentado que los concebidos por fecundación asistida post-mortem, no podrán ni deberán percibir alimentos que provengan de la sucesión de su padre biológico, toda vez que dicho derecho no se desprende del contenido de los artículos relativos ni expresa, ni aún mediante interpretación de la ley.

Por lo que no podrá existir testamento inoficioso por lo que hace al concebido post-mortem, pues éste es concebido con posterioridad a la muerte del causante, y por ello, no se tenía obligación de dejar disposición que contemplará el cumplimiento de obligación alimentaria, pues no se tenían hijos al momento de dictar el testamento.

3.4.4 Improcedencia de la Sucesión legítima, respecto de los concebidos post-mortem.

A decir del Doctor Ernesto Gutiérrez y González ⁷⁷, la sucesión legítima es: "ES LA SUCESIÓN EN TODOS LOS BIENES Y EN TODOS LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PECUNIARIOS DE UNA QUE FUE PERSONA FÍSICA, DESPUÉS DE QUE FALLECE, POR LA O LAS PERSONAS QUE DETERMINA LA LEY, A FALTA DE UNA MANIFESTACIÓN TESTAMENTARIA O VOLUNTARIA, DEL QUE FUE TITULAR DE ESOS BIENES, DERECHOS Y OBLIGACIONES."

Es decir, una vez acaecido el fallecimiento, y siempre que no haya disposición testamentaria, se abrirá la sucesión legítima.⁷⁸

⁷⁷ *Ibidem*, p. 97

Ciertamente el propio Código Civil para el Distrito Federal, establece las personas que han de heredar en la sucesión legítima, así como el orden en el que deben hacerlo, atento al contenido del artículo 1602.

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

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

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

Al igual que lo señalamos en relación a la sucesión testamentaria, resulta ilegal e improcedente reconocer derecho alguno en favor del concebido post-mortem, por lo que hace a la sucesión legítima respecto de su padre biológico, aún cuando se haya decretado el vínculo paterno filial mediante sentencia ejecutoriada, pues:

Artículo 1607 Código Civil para el Distrito Federal. " Si a la muerte de los padres quedaren solo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales. "

* Artículo 1599 Código Civil para el Distrito Federal. La herencia legítima se abre:

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

Lo anterior, aplicado al supuesto de que falleciere el cónyuge, únicamente se reconocerán los derechos hereditarios de aquellos hijos que ya existían al momento de la muerte del cónyuge, sea que ya hubieren nacido, o que al menos se encontraran concebidos, careciendo en consecuencia el concebido post-mortem del reconocimiento de referencia (Vid. 3.3.2).

Pero resulta un grave conflicto para el caso de que la cónyuge se fecunde con posterioridad a la muerte del marido, por los siguientes planteamientos:

* Según se desprende del artículo 1638 del Código Civil para el Distrito Federal (ya transcrito), posiblemente la cónyuge quedó encinta a la muerte del marido, por lo que se deberán cumplir diversas disposiciones legales a efecto de que el hijo sea reconocido en todos sus derechos. Pero ello no es aplicable al supuesto en el que la cónyuge es fecundada con posterioridad a la muerte de su esposo.

* Ahora bien, señalamos que el Código Civil para el Distrito Federal establece que los hijos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial se presumen de los cónyuges, por lo que infiriendo que la cónyuge se fecunde dentro del primer mes siguiente a la muerte de su esposo, el hijo nacerá dentro del plazo señalado en el artículo 324 fracción II del ordenamiento citado, por lo que se presumirá hijo del cónyuge sin que sea óbice su previa muerte, pero el hijo no estaba concebido al tiempo de la muerte del supuesto padre biológico, en consecuencia se actualiza una de las

causas de incapacidad para heredar, a tratar en el siguiente subcapítulo.

3.4.5 Falta de personalidad del concebido post-mortem para suceder a su padre biológico

Hemos hecho referencia a los distintos puntos que crearan conflicto, y que surgirán al momento de pretender el reconocimiento de los hijos concebidos post-mortem por lo que hace a su padre biológico, es decir, el establecimiento del vínculo paterno filial entre un hijo y una persona que falleció con anterioridad a la concepción de dicho descendiente.

Se pretende establecer la presunción de que el hijo así concebido, disfrutará de todos los derechos que la ley otorga, y que derivan del reconocimiento de los hijos y del documento que lo contiene. Lo que resulta totalmente improcedente atento a las disposiciones legales vigentes.

Por lo que hace al caso concreto del reconocimiento de los derechos hereditarios, se ha establecido la improcedencia tanto de la sucesión legítima como de la testamentaria, debido a lo inaplicable de las disposiciones legales por lo que hace a los concebidos post-mortem.

Además, es de hacerse notar el contenido de los artículos 1313 y 1314 (ambos ya transcritos), con lo que se presenta la denominada incapacidad para heredar, por lo que no puede ser considerado en la sucesión de su supuesto padre.

Pero dicha incapacidad no puede ser decretada de oficio por el juez, por lo que el interesado tiene un plazo de tres años para ejercitarla, so pena de prescripción de la acción (Vid. Artículos 1341 y 1342 Código Civil para el Distrito Federal).

Artículo 1341. " La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino después de declarada en juicio, a petición de algún interesado; no pudiendo promoverla el juez de oficio. "

" Se requiere para que alguien sea privado de la herencia que se le ha dejado por testamento, o por sucesión legítima, que exista una declaración judicial admitiendo la causa de incapacidad. En otros términos, la incapacidad no se decreta de pleno derecho; es menester seguir un juicio en contra del que se presume incapacitado, probar la causa por el que tenga interés en la herencia y que exista resolución judicial. " ⁷⁹

Puede darse el caso de que el juez reconozca los derechos hereditarios de los concebidos post-mortem, atento al reconocimiento decretado en sentencia ejecutoriada, pero en su caso los herederos o legatarios instituidos en el testamento tienen que promover la acción relativa al desconocimiento de dicho

⁷⁹ Rojas Villegas, Rafael. Ob. cit., p. 374

derecho, o bien abstenerse de promoverla, reconociendo el derecho hereditario del concebido post-mortem.

Artículo 1342. "No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados tres años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado, salvo que se trate de incapacidades establecidas en vista del interés público las cuales en todo tiempo pueden hacerse valer."

3.5 Ejecución de sentencia derivada del juicio de reclamación de filiación conyugal

Una vez que existe sentencia ejecutoriada, es decir, una vez que la sentencia no admite más recurso por medio de la cual pueda ser modificada, lo procedente es solicitar el cumplimiento de los extremos de la sentencia, o sea, ejecutar la sentencia.

Según establece nuestro Código Adjetivo vigente, hay cosa juzgada en el momento en que una sentencia causa ejecutoria, así esta se puede decretar, por: ministerio de ley o por declaración judicial, según el caso concreto, lo anterior, se desprende de los supuestos contenidos en los artículos 426 y 427 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por lo que una vez que se ha decretado sentencia ejecutoriada, no podrá interponerse ningún recurso, excepto el de responsabilidad, pero debido a que éste no tiene como fin el revocar o modificar el contenido de la resolución, se deberá de cumplir en sus términos la citada sentencia.

Por lo que hace a la sentencia dictada en un juicio de reclamación de filiación conyugal, si ésta ha causado ejecutoria, y en ella se decretó el vínculo paterno filial, mediante el oficio correspondiente dirigido al Director del Registro Civil se deberá expedir el acta de nacimiento que corresponda, pues dicho funcionario es el encargado de autorizar e inscribir los actos del estado civil de las personas, lo anterior, según se desprende del artículo 1º. Del Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, a saber:

" El Registro Civil es una institución de orden público e interés social, que tiene por objeto autorizar e inscribir los actos del estado civil de las personas. "

3.5.1 Actuación del Juez del Registro Civil

El Juez del Registro Civil debe de seguir los lineamientos establecidos en la ley, desempeñando su actividad con legalidad, con lo que se presume realizará un eficaz desempeño de dicha función registral. Así como se desprende del artículo que a continuación se transcribe, el Registro Civil tiene a su cargo el desempeño de la función registral del estado civil de las personas.

Artículo 2º Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal. " El Registro Civil tiene a su cargo, por conducto de los Jueces del Registro Civil, el desempeño de la función registral del estado civil de las personas, en los términos de los dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia

del Fuero Federal, este Reglamento y demás ordenamientos aplicables."

Por lo anterior, existen Jueces del Registro Civil en cada una de las Delegaciones del Distrito Federal, los que son designados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, atendiendo la cantidad de trabajo en cada una de las demarcaciones, es decir, la necesidad del servicio registral.

No obstante lo anterior, el Director del Registro Civil del Distrito Federal tiene la obligación de dar cumplimiento a las resoluciones que reciba ya sea que directamente las cumplimente, o bien, las remita al Juez del Registro Civil correspondiente para que las cumplimente. Según lo dispone el **artículo 9** del Ordenamiento en cita:

"Corresponde al Departamento, por conducto del Titular del Registro:

VII. Dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que reciba, ya sea directamente o remitiéndolas al juez correspondiente, para que sean debidamente cumplimentadas: "

A) Redacción del acta de nacimiento (reconocimiento de un hijo concebido post-mortem)

Una vez que la sentencia definitiva es declarada ejecutoriada, el Juez de lo Familiar deberá remitir atento oficio al Juez del Registro Civil en el que le ordene la suscripción del acta de nacimiento correspondiente, oficio al que deberá

acompañar duplicado en copias certificadas de la mencionada sentencia, y del auto que decretó que la misma ha causado ejecutoria. Con lo que se cumplimentará la petición del demandante, reconociendo en el documento idóneo el vínculo jurídico reclamado, debiéndose cumplir los lineamientos aplicables a la elaboración y expedición de las actas de nacimiento, según los artículos 54 al 76 ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

Pero sería un error el pretender acreditar el vínculo paterno filial con el acta de nacimiento en términos del artículo 340 del multicitado ordenamiento civil, pues dicho documento aunque certificado, sólo tendrá un mero efecto declarativo, por supuesto ello, si en su caso el criterio jurisdiccional que se adopte sea el de no reconocer derecho alguno a los concebidos post-mortem.

B) Acta de nacimiento, sin ningún efecto legal

El artículo 360 Código Civil para el Distrito Federal, establece que el reconocimiento de los hijos se puede dar mediante sentencia ejecutoriada, lo que se ha demostrado a través de la presente tesis. Como señalamos, ello implica la tramitación de un procedimiento judicial en el que se declare el vínculo paterno filial, sin que sea óbice el que se trate de concepción post-mortem.

Pero no obstante que la sentencia sea cumplimentada en sus términos, el documento que para tal efecto se expida, solo tendrá un mero efecto declarativo, pues no será bastante para reclamar los derechos consagrados en el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal.

CAPITULO CUARTO.- REFORMAS QUE SE PROPONEN AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A través del presente trabajo se demostró la existencia de la FECUNDACIÓN POST-MORTEM en el ámbito del Código Civil para el Distrito Federal, asimismo se señalaron las lagunas de ley, así como los conflictos y controversias derivados de la regulación de una figura jurídica incongruente con el contenido de la legislación vigente, así como la problemática a la que estarán sujetos los Órganos Jurisdiccionales al momento de emitir resolución en un conflicto de ésta naturaleza.

No es el momento pertinente para decidir si se acepta o no la fecundación post-mortem, pues como señalamos oportunamente dicha figura se encuentra regulada en el ordenamiento civil para el Distrito Federal, y por ello, consideramos más trascendente el meditar y poner en balanza los beneficios y consecuencias negativas que su sola regulación otorga a los interesados.

Señalamos en los primeros capítulos de la presente tesis que la concepción post-mortem no tiene un apoyo o sustento en la legislación local, y asimismo, se demostró que aún cuando se permite su práctica (aunque no de manera expresa), el Ordenamiento en cita es incongruente para reconocer los efectos jurídicos que de ella se derivan, incongruencia que se refleja primordialmente en lo relativo a los derechos que como consecuencia del vínculo paterno-filial se deben decretar a favor de los hijos.

Por todo lo expuesto, consideramos que el legislador del Distrito Federal tiene que analizar las consecuencias jurídicas que han de presentarse, y en éste

sentido optar por la prohibición expresa de dicha figura, o bien, en un momento determinado adecuar la legislación con reformas que serán totalmente incongruentes con el contenido de nuestra legislación.

Debido a que han transcurrido más de dos años a partir de que el Código Civil para el Distrito Federal fue reformado, y en consecuencia que se encuentra permitida dicha practica, posiblemente ya ha sido practicada alguna de estas concepciones con lo que estaríamos ante la presencia de un hecho consumado, y ante éste hecho, resulta intrascendente cualquier prohibición, por lo que por el contrario, es necesario dar una solución.

Como mencionamos en el punto 3.3.2 del presente trabajo, al realizar una encuesta entre diversos Jueces de lo Familiar competentes en el Distrito Federal, fundamentaron el respeto de los derechos consagrados en la legislación, y en favor de los concebidos post-mortem mediante la aplicación de los Principios Generales del Derecho, y atento al contenido del artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal. Por lo que como ya señalamos a lo largo del presente trabajo, "PROBABLEMENTE ", si se reconocen los derechos consagrados, pero cabe señalar que para el maestro Eduardo García Maynez, los Principios Generales del Derecho sólo han de aplicarse en los casos en los que éstos no se contraponen con el contenido de la legislación, por lo que previo a aplicar dichos principios se debe analizar si estos se contraponen o no al contenido de la ley, Y DE DECIDIRSE DESCONOCER LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN, INJUSTAMENTE SE PRIVARÁ DE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES A LOS CONCEBIDOS POST-MORTEM, TRATANDO DESIGUAL A LOS IGUALES.

Por lo anterior, y derivado de los múltiples conflictos e incongruencias de nuestros ordenamientos jurídicos, consideramos que no es pertinente el establecer lo que el maestro Manuel Chávez Asencio propone, pues señala que es necesario:

" Revisar el capítulo de la sucesión para los supuestos de concepción por inseminación después de muerto el cónyuge, fijando la posibilidad de la fecundación, sólo dentro de un breve término después de muerta la persona que dio su gameto. " ⁸⁰

Lo anterior, debido a que no solo será necesario reformar el capítulo relativo a la sucesión, sino que se requerirá reformar todos aquellos capítulos que se opongan, es decir, se deberá dictar una nueva regulación a las múltiples figuras jurídicas afectadas. Así también, si los órganos jurisdiccionales resuelven aplicando los Principios Generales del Derecho, nuestra legislación tendrá que ser modificada, permitiéndose la transformación de las figuras que a lo largo del presente trabajo se han enunciado, mismas que en su caso se oponen a la regulación de la fecundación asistida post-mortem, pues de lo contrario, tendremos una legislación incongruente con la realidad, y de esta forma se impartirá justicia ajustándose a los criterios jurisprudenciales que se dicten para salir del paso.

Respecto a la prohibición que se propone, caben citar los siguientes comentarios:

⁸⁰ ANUARIO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA. Número 23. Año 1995-I. P. 205

Señala el maestro A. Eduardo Zannoni ⁸¹:

" . . . Consideramos que no deberían de autorizarse inseminaciones en esos supuestos (*refiriéndose a los casos de fecundación post-mortem*), ni admitirse demandas tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien, debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia que, eventualmente, plantease una inseminación heterologa en favor de otro matrimonio con ese semen conservado. De todos modos si la inseminación se practicara y naciese el hijo, éste no podría alegar derechos hereditarios respecto de su padre, muerto antes de la concepción, aunque el derecho positivo debería prever las demás consecuencias que, en orden al parentesco consanguíneo por la rama paterna, puedan resultar. "

En los mismos términos se pronuncian las maestras Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda ⁸²:

" . . . creemos menester señalar nuestra actual posición contraria a aceptar el derecho de la viuda a ser inseminada con ese material reproductor de su esposo pre-muerto. Siguiendo con los cuestionamientos que aquí presentamos, creemos que la aceptación legal de la inseminación post-mortem, no contribuye a favorecer la realización de la vida plena del hijo, ya que se priva premeditadamente – ab initio- al ser humano concebido de la vivencia de uno de los elementos estructurantes de su personalidad, el vínculo paterno. "

⁸¹ ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil (Derecho de Familia)* Tomo I, Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, Buenos Aires, 1989, p. 213

⁸² Dolores Loyarte – Rotonda, Adriana E. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Editorial de Palma, Buenos Aires, 1995., p. 292

4.1 Fecundación post-mortem, incongruencia del Código Civil para el Distrito Federal

Considero que el contenido del Código Civil para el Distrito Federal es incongruente, por lo que hace al establecimiento de la figura jurídica denominada FECUNDACIÓN POST-MORTEM, pues para ello se requiere de una reforma integral al Ordenamiento en cita.

Pero de seguir el legislador con la tendencia de no prohibir dicha práctica, como ya señale, se requerirá de una reforma que entre otros aspectos deberá contener:

1. El de modificar las disposiciones relativas a la expedición de actas de nacimiento, por lo que hace a la necesidad de comparecer ante el Juez del Registro Civil para efecto decretarse el reconocimiento voluntario de los hijos.

Señalamos que la concepción post-mortem, se da con posterioridad a la muerte del padre biológico, con lo que resultará imposible su comparecencia ante el Juez del Registro Civil para emitir su consentimiento en el reconocimiento de sus hijos, y en consecuencia también lo será para establecer el patronímico de los así concebidos.

2. Otorgar personalidad jurídica a los nacidos con posterioridad a la muerte del testador. De esta forma se tendrá en su caso que derogar el contenido

de los artículos 1313 fracción I y 1314 ambos del Código Civil para el Distrito Federal, relativos a la incapacidad para heredar por falta de personalidad jurídica.

Con lo que se tendría que reconocer derechos en favor de seres que aún no existen, y que probablemente nunca lleguen a existir, con lo que también se tendrá que reformar el artículo 22 del Ordenamiento en cita, reconociendo los derechos relativos a los no concebidos.

3. Que para el caso de elaborar un testamento, se deberán dejar alimentos al hijo que será concebido en un futuro, aún cuando la concepción se realice con posterioridad a la muerte del propio testador, so pena de ser declarado inoficioso en términos de lo dispuesto por el artículo 1374 del Código Civil para el Distrito Federal. Lo que de igual forma implicaría reformar el contenido de los artículos 1368 y 1371 ambos del ordenamiento en cita.

4. Para efecto del reconocimiento de los derechos hereditarios, y el resguardo de los mismos en favor de sujetos inexistente a la muerte del de cuyos, permitir lo relativo a las sustituciones fideicomisarias, que como señalamos actualmente se encuentran prohibidas en forma expresa.

5. Asimismo, modificar lo relativo a las disposiciones relativas a la viuda que ha quedado encinta, pues al establecerse la posibilidad de concebir post-

mortem, resultan anacrónicas las disposiciones relativas contenidas en los artículos 1368 al 1648 del Código Civil para el Distrito Federal.

Pues de permitirse la concepción post-mortem, se deberá otorgar alimentos a la viuda una vez que ésta se fecunde con el material genético de su cónyuge, es decir, podrá reclamar alimentos una vez que se fecunde, lo que como citamos oportunamente, ampliamente se distingue de los supuestos de los hijos póstumos.

En éste punto será necesario establecer en forma concreta la naturaleza jurídica de los concebidos post-mortem, pues en el contexto del Código Civil para el Distrito Federal, se les debe tener por nacidos fuera de matrimonio, ya que cronológicamente nacen con posterioridad a los plazos y términos establecidos por el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, pero existe el contenido del artículo 329 del citado ordenamiento, que establece la improcedencia de la acción de acción de impugnación de paternidad de los así concebidos, y por ello, se presume que los hijos son del cónyuge. Pero según quedó claro, estos son concebidos fuera de matrimonio y nacerán en la misma situación, por lo anterior, debe establecerse su propia naturaleza jurídica.

6. Por lo anterior, se deberá establecer una fracción más al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que contemple lo relativo a la fecundación asistida post-mortem, y que establezca la presunción de los hijos así concebidos son de los cónyuges, con lo que será necesario establecer en la fracción II del artículo en cita, *“ salvo los casos señalados en la fracción III de éste artículo. ”*

7. Modificar el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, para efecto de transformar las técnicas de fecundación asistida en un capricho de la pareja para concebir hijos que conscientemente carecerán de un padre, y no como un medio terapéutico tendiente a solucionar los obstáculos de la esterilidad.

Todo lo anterior, será necesario para que se reconozcan los derechos derivados del vínculo paterno filial, para que éste no tenga solo un efecto declarativo como se mencionó antes.

En este punto se debe establecer una postura, o sea, decidir entre justificar el derecho subjetivo de la mujer en virtud de la procreación (en el caso concreto de la viuda), o bien, decidir no reconocer dicho derecho, previendo la dificultad del hijo así concebido, para el momento en que pretenda el reconocimiento de sus derechos a él inherentes.

Para la realización del hecho de la procreación es necesaria la existencia de dos personas que así lo permitan, y en el caso de la fecundación post-mortem, resultará un simple capricho de la viuda, obteniéndose con ello únicamente perjuicios en contra del concebido, y un considerable trastorno familiar entre los participantes, y el entorno social.

De no reformarse el Código Civil para el Distrito Federal, prohibiendo la fecundación post-mortem, o bien, (aunque erróneo) reformar integralmente el ordenamiento citado, para regular la fecundación asistida post-mortem, el Juez de lo Familiar estará entre el dilema de legalidad y justicia al momento de emitir su

resolución en las controversias que impliquen la problemática trazada, ya que como señala Alfonso de la Torre :

“ NO ESTÁ LA JUSTICIA EN LAS PALABRAS DE LA LEY ”⁸³

Por todo lo enunciado, resulta pertinente señalar lo que en entrevista directa con el Licenciado Carlos Rodríguez Martínez, Juez Décimo Séptimo de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, manifestó:

“ . . . la fecundación asistida solo va a traer como consecuencia una cascada de asuntos, que pondrán al juzgador entre la espada y la pared, pues se encontrará ante el dilema jurídico – justicia y legalidad – para el momento de emitir su resolución, y siendo que nuestro Código Civil es incongruente entre sus disposiciones, sólo nos quedará resolver con base en la jurisprudencia que al efecto se dicte, es decir, se dictará para salir del problema, atendiendo a los conflictos que se presenten, lo que implicará que la justicia no se pronta y expedita, hasta en tanto se emita el criterio jurisprudencial que solucione la controversia, . . . ”

4.2 El dilema entre legalidad y la justicia, respecto de los derechos de los concebidos post-mortem

La palabra justicia es de aquellas de difícil conceptualización, pero que en forma generalizada, y según Ulpiano debe entenderse como “ la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho ”⁸⁴.

⁸³ Dosamantes Terán, Jesús Alfredo. La justicia a través de los siglos. (Frases, citas y aforismos. Editorial Porrúa, S.A. DE C.V., México, 2000., p. 186

⁸⁴ Idem

Palabra que además resulta ser parte integrante e inseparable de todo Estado que presume de la existencia del estado de derecho, en el que se respetan los derechos subjetivos de los gobernados, mismos que son resguardados mediante el orden normativo que para tal efecto se expida. Pero ya señalamos en el párrafo anterior, la justicia no necesariamente se encuentra implícita en los ordenamientos jurídicos, " pues no todo lo legal es justo, ni toda la justicia deriva de la legalidad de los actos. "

En el presente trabajo, demostramos la existencia de la figura denominada fecundación asistida post-mortem, y respecto de la misma demostramos que los legisladores en ningún momento pusieron atención en el conflicto legal que en aquél momento se estaba creando, pues con ello se estaba permitiendo tratar desigual a los iguales.

Por lo anterior, resulta legal el pretender la concepción de los hijos mediante fecundación asistida post-mortem, ya que se encuentra permitido según se desprende del contenido del artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal. Pero dicha legalidad será cuestionada en el momento en que se declare improcedente e ilegal el reconocimiento de los derechos en favor de los hijos así concebidos.

Pues aún cuando biológicamente sean hijos del cónyuge fallecido, estos no podrán reclamar los derechos consagrados en su favor, ni aún cuando se decrete el vínculo paterno filial mediante sentencia ejecutoriada, pues la misma tendrá un mero efecto declarativo.

Por lo que resulta un error fatal cometido por los legisladores, pues al regular en el ordenamiento civil la figura en comento, debieron previamente haber

establecido la normatividad pertinente con la que se estableciera la seguridad jurídica, así como el reconocimiento y respeto de los consecuentes derechos.

Y ante la presencia de un conflicto de esta naturaleza, consideramos debe privar la justicia por encima de la legalidad, por lo que resulta aplicable manifestar que:

" CUANDO ME APARTO DE LA LEGALIDAD, ES PARA ACERCARME A LA JUSTICIA. " ⁵⁵

4.3 Reformas y adiciones que se proponen al Código Civil para el Distrito Federal

Establecimos en párrafos anteriores, que la solución de las controversias de esta naturaleza se basarán principalmente en los criterios jurisprudenciales que se dicten conforme se presenten los conflictos de referencia. Por lo que resultará afectada la administración de justicia, en tanto pronta y expedita, por ello es conveniente prevenir los conflictos legales venideros, y no sólo como se ha hecho innumerables veces en nuestro País, dictar criterios jurisprudenciales que cubran las omisiones e incongruencias de los ordenamientos legales. Es por ello que pretendemos no suceda dicha costumbre por lo que hace al CCDF.

Previendo también con ello el que probablemente se deje en estado de indefensión a los concebidos post-mortem, pues puede ser que el criterio jurisprudencial se refiera al desconocimiento de los derechos correspondientes.

⁵⁵ Idem.

Pero también por otro lado, se pretende evitar que se propongan reformas incoherentes e incongruentes con diversos ordenamientos legales del Distrito Federal, pues de ser así se estaría agregando a nuestra legislación figuras jurídicas que se encuentran contenidas en legislaciones extranjeras.

Por todo lo expresado a lo largo de la presente tesis, y porque se considera que debe prevenirse cualquier conflicto venidero, que optar por enmendar las lagunas de la ley, se proponen las siguientes reformas y adiciones al Código Civil para el Distrito Federal:

**Adicionar un tercer párrafo al artículo 162, para quedar como sigue:*

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 reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

El consentimiento otorgado al cónyuge, para que haga uso de métodos de fecundación asistida, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere practicado la fecundación. En consecuencia, la

cónyuge no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido.

De esta forma el derecho consagrado en favor de los cónyuges, respecto al uso de los métodos de fecundación asistida, sólo tendrá una vigencia determinada. Es decir, el consentimiento expresado por el cónyuge a su pareja para que ésta haga uso de dichos métodos, tendrá validez durante la vida de aquél que lo otorgó, en consecuencia quedando expresamente prohibida la fecundación asistida, cuando se pretendan utilizar los gametos del marido que ha fallecido.

Toda vez que el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal, es el que originó el conflicto, y que a su vez es el que regula lo relativo a la fecundación asistida post-mortem, también proponemos:

** Derogar la parte final 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; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge "

Para quedar como sigue:

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 éste Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.*

Es decir, dejar dicho artículo en los mismos términos en que se encontraba con anterioridad a la reforma.

Con lo anterior, se evitarán los conflictos enunciados en la presente tesis, estableciéndose en consecuencia un criterio similar al que rige en el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

PAGINACIÓN DISCONTINUA

ANEXO 1

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

“ Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es

la prueba científica y biológicamente idónea para obtener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad."

Tesis aislada del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, dictada en el amparo directo 1335/97. Carlos Alberto Ávila Gil. 27 de mayo de 1998, Tomo III, julio de 1998, Tesis II. 2°. C.99 C, página 381, existente en el diskette de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ius. Agosto de 1998.

ANEXO 2

PRUEBA PERICIAL EN QUÍMICA PARA DETERMINAR EL ADN. SU ADMISIÓN AFECTA LOS DERECHOS SUSTANTIVOS DEL QUEJOSO.

" Cuando en un juicio de amparo indirecto se señale como acto reclamado el proveído por el que la autoridad responsable admite y ordena desahogar la prueba pericial en química tendiente a determinar el ADN (ácido desoxirribonucleico, como factor determinante y fundamental en la transmisión de caracteres hereditarios) de la parte inconforme, es inexacto considerar que se debe sobreseer el juicio de garantías, argumentando que con esa determinación únicamente se afectan los derechos procesales del impetrante y que, por ende, no se trata de un acto cuya ejecución sea de imposible reparación, conforme a lo dispuesto por el artículo 74, fracción III, de la Ley de Amparo, en relación con los artículos 73, fracción XVIII y 114, fracción IV, de la propia Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales; por el contrario, la admisión de la prueba pericial referida constituye, por sí misma, una afectación directa e inmediata a los derechos sustantivos de quien queda sujeto al trámite del desahogo de esta prueba, toda vez que como consecuencia directa de esa determinación, quedará obligada a presentarse en los días y en los horarios que se determinen para la

practica de los estudios químicos, así como a someterse a los exámenes de laboratorio que sean necesarios para desahogar el cuestionario, al tenor del cual se deben rendir los dictámenes correspondientes, que comprenden, por lo menos, la toma de muestras de sangre, lo cual impide que pueda ser considerada como un afectación meramente adjetiva o procesal, pues es evidente que se trata de una orden que no solamente se circunscribe a los derechos procesales del afectado, sino que trasciende de éstos, afectando sus derechos sustantivos, como lo es el respecto a la integridad física y a la libertad para resolver si se somete o no a la practica de los estudios referidos; derechos, estos últimos, de cuya afectación no podrá ser resarcida aun cuando obtenga sentencia favorable en el juicio; por ello, la determinación reclamada debe considerarse como de imposible reparación."

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO. (Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XV, Abril de 2002, Tesis: XXII. 2º.13 C, Página: 1319, Materia Civil, Tesis aislada).

Amparo en revisión 153/2001. Maria Laura Moya Gallegos . 12 de noviembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Montellano Díaz. Secretaria: Susana Cuellar Avendaño. Véase:

**Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época,
Tomo XV, enero de 2002, página 1338, tesis 1.8°C.223 C.**

**PRUEBA PERICIAL EN GENETICA PARA DETERMINAR
PARENTESCO. ES PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO CONTRA
LA ORDEN DE DESAHOGARLA SIN ANUENCIA DEL AFECTADO.**

" Cuando en un juicio del orden civil se ordena el desahogo de una prueba pericial en genética, con el objeto de acreditar si existe o no vinculo de parentesco por consanguinidad entre una determinada persona y el afectado, sin que cuente con la anuencia de éste, dicha resolución debe considerarse como un acto susceptible de tener una ejecución irreparable, pues dada la naturaleza de la prueba, para llevarla a cabo es preciso disponer de una porción de su tejido celular, lo cual puede implicar una afectación tanto en su libertad personal como en su integridad física, ya que el hecho de ordenar la realización forzosa de esa diligencia se traduce en la imposición de una conducta que podría ser contraria a su voluntad, a sus creencias o a su idiosincrasia e importa una lesión corporal para contar con plasma sanguíneo o cualquier otro tipo de tejido celular necesario para efectuar esa probanza. En esa virtud, por las características y consecuencias de ese acto, no puede estimarse que sus

efectos sólo hayan de repercutir en la sentencia que llegue a pronunciarse en el asunto, sino que la afectación a los derechos sustantivos sería directa e inmediata y, por tanto, conforme a lo establecido en el artículo 114, fracción IV, de la Ley de Amparo, contra esa determinación procede el amparo indirecto."

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. I.8º.C.223 C. Queja 2/2201 – Luz del Carmen Ramírez Payán, en su carácter de representante legal en ejercicio de la patria potestad de la menor Daniela Ramírez Payán.- 27 de febrero de 2001.- Unanimidad de votos.- Ponente: Patricio González Loyola Pérez.- Secretaria: Patricia Uehara Guerrero.

ANEXO 3

HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO. FORMALIDADES PARA EL RECONOCIMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).⁶¹

" De conformidad con lo previsto por el artículo 299, fracción I, del Código Civil para el Estado de Veracruz, el reconocimiento de un hijo fuera de matrimonio podrá hacerse en la partida de nacimiento, ante el encargado del Registro Civil. La interpretación sistemática del precepto invocado permite considerar que tal reconocimiento solo puede realizarse en los términos y con las formalidades señaladas por la ley. Por lo mismo, cabe establecer que no basta que en el acta relativa únicamente se cite el nombre del progenitor, sino que es necesaria la comparecencia del mismo al acto del registro, en donde de manera expresa y voluntaria reconozca al hijo habido fuera de matrimonio, pues esa aceptación constituye un acto personalísimo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 549/96. Tomasa Sánchez Pérez, por sí y en representación de su menor hija Teresa Mendoza Sánchez. 9 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino. Secretario: Arnulfo Joachin Gómez.

⁶¹ Visible en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Marzo de 1997, Tesis: VII.1º C.10 C, Página: 809, ó en IUS 2000, número de registro 199,125, Aislada, Materia (S): Civil

ANEXO 4

PETICIÓN DE HERENCIA, JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y DEMOSTRACIÓN DE LA POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL. PUEDEN DECIDIRSE EN UN SOLO JUICIO.

“ Del examen del artículo 13 del Código de Procedimientos Civiles, se puede advertir que no impone la restricción de que el hijo nacido fuera de matrimonio deba de obtener previamente, en acción destacada, el reconocimiento de su filiación, de tal forma que no hay obstáculo para que en el mismo juicio en el que se promueve la acción de petición de herencia, se pueda demostrar el reconocimiento de la paternidad y su derecho para reclamar la parte proporcional que le corresponda del acervo hereditario. Es pertinente dejar claro que la calidad del hijo nacido fuera de matrimonio, no sólo se circunscribe y puede ser demostrable en las dos hipótesis normativas que señala la autoridad responsable y que son: a través del reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, según lo dispone el artículo 360 del Código Civil; sino que también el propio ordenamiento otorga la facultad de investigación y reconocimiento de la paternidad, a través de la prueba de la posesión constante de estado de hijo fuera de matrimonio, acorde a lo que establecen los artículos 382 fracción II, 383 y 384 del Código Civil, demostración que a diferencia de los dos primeros supuestos, pueden darse, por no haber impedimento cuando

ya falleció el padre del hijo nacido extramatrimonialmente y que no hay obstáculo para que en el juicio en el que se instaura la acción de petición de herencia, se pruebe, por cualquier medio ordinario de convicción, que el reclamante ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, de tal forma que si en el referido juicio se demuestra esa calidad del actor, llegándose a la conclusión del reconocimiento de la filiación natural, pueda obtener la declaración del derecho a percibir la parte alícuota del acervo hereditario. "

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1138/92. Quintil Villanueva Ramos, su sucesión. 5 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio.⁷¹

⁷¹ Visible en Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo X. Julio de 1992. Página: 393, ó UIS 2000. Numero de registro: 218,978. Aislada. Materia Civil.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El Código Civil para el Distrito Federal vigente, permite la práctica de los métodos de fecundación asistida, como derecho exclusivo de los cónyuges, reconociendo los efectos jurídicos de filiación de los concebidos, respecto de quienes consintieron en la práctica de dichos métodos.

SEGUNDA. Al permitirse la práctica de la fecundación asistida, el mismo ordenamiento en cita, contempla la denominada **fecundación asistida post-mortem**, que consiste en la procreación de un hijo mediante el empleo de los métodos de fecundación asistida con material genético de una persona que ha muerto con anterioridad a dicha concepción.

TERCERA. La fecundación asistida post-mortem se desprende del artículo 329 del Código Civil Para el Distrito Federal, al establecer que la impugnación de paternidad, no resulta procedente respecto de los hijos concebidos mediante fecundación asistida, con lo que se establece que aún cuando estos nazcan con posterioridad a los trescientos días de disuelto el matrimonio por muerte del cónyuge, se presumen hijos de los propios cónyuges, por el hecho de haber sido concebidos mediante fecundación asistida.

CUARTA. La aplicación de los métodos de fecundación asistida post-mortem, dificulta el reconocimiento legal de los hijos, y como consecuencia el vínculo de filiación de los así concebidos, no podrá ser comprobado mediante las actas

que expide el Registro Civil, y así será decretado sólo mediante sentencia ejecutoriada que se dicte en un juicio de reclamación de filiación.

QUINTA. La concepción post-mortem se da con posterioridad a la muerte de quien aportó su material genético, por lo que aún cuando se decrete el vínculo de filiación de los así concebidos, debido a su falta de personalidad en términos del Código Civil para el Distrito Federal, difícilmente podrán reclamar con éxito, tanto alimentos, como la porción hereditaria que les corresponde.

SEXTA.- Se debe limitar el uso de los métodos de fecundación asistida en favor de las parejas unidas en matrimonio, pero el consentimiento otorgado para su práctica, sólo tendrá vigencia durante la vida de los cónyuges, extinguiéndose con la muerte del otorgante.

SÉPTIMA. En fin, a efecto de evitar los múltiples conflictos relacionados en la presente tesis, propongo prohibir la práctica de la fecundación asistida post-mortem, en una disposición expresa de nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente.

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

ABELIUK MANASEVICH, Rene, *La Filiación y sus Efectos*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

ALDOUS HUXLEY, *Un Mundo Feliz*, Editorial Porrúa, Colección Sepan Cuantos, México, 1994.

ARELLANO GARCIA, Carlos, *Practica Forense Civil y Familiar*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.

BONNECASE, Julián, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial OXFORD UNIVERSITY PRESS, primera serie. Volumen 1; México, 2000. Traducción.

CARCABA FERNÁNDEZ, María, *Los Problemas Jurídicos Planteados por las Nuevas Técnicas de Procreación Humana*, BOSCH EDITOR, S.A., Barcelona, 1995.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F, *ANUARIO DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA*, Numero 23, Año 1995-I.

DIEZ-PICAZO y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil. Volumen III/2. Derecho de Familia – Derecho de Sucesiones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

DOSAMANTES TERÁN, Jesús Alfredo, *La Justicia a través de los siglos, (Frases, citas y aforismos)*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

FASSI SANTIAGO, Carlos, *Estudios de Derecho de Familia*, Editorial Platense, La Plata, Argentina, 1962.

FEMENIA LOPEZ, Pedro J., *Status Jurídico del Embrión Humano, con especial consideración al concebido in vitro*, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, Tomo Sexto, Imp. Y Lito Universo, S.A., Santiago de Chile, 1959.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1997.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2001

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2000.

GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, *Fecundación in Vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.

GROSMAN, Cecilia P, *Acción de Impugnación de la Paternidad del Marido*, Editorial ABACO DE ROBERTO DEPALMA, S.R.L., Buenos Aires, 1982.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián, *¿Qué puede hacer usted con sus bienes antes de morir?*, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., México, 1993.

GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio: inter vivos y mortis causa*, Editorial Porrúa, México, 2002.

HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

IBARROLA, Antonio de, *Derecho de Familia*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.

LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E, *Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético*, Editorial DEPALMA, Buenos Aires, 1995.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, 2001.

MORO ALMARAZ, Ma. Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988.

PEREZ CONTRERAS, María de Monserrat, *Derechos de los Padres y de los Hijos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

PEREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena, *La Obligación Alimentaria: Deber jurídico. Deber moral*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

PEREZ DUARTE y NOROÑA, Alicia Elena, *Derecho de Familia*, Editorial McGraw-Hill, México, 1997.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*, Editorial OXFORD UNIVERSITY PRESS, Primera serie, Volumen 8, México, 2000. Traducción: Leonel Pereznielo Castro, *Traité Elementaire de Droit Civile*, 3ª edición, LGDJ, Paris, 1946.

QUIROZ CUARON, Alfonso, *Medicina Forense*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La Fecundación Artificial " post - mortem "*, Rev. Tapia, numero 36, España, Octubre, 1987.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, Editorial Porrúa, México, 1997.

SÁNCHEZ MARQUEZ, Ricardo, *Derecho Civil*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

SOTO Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1990.

TELLO FLORES, Francisco Javier, *Medicina Legal*, 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2002.

VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*, Editorial CIVITAS, S.A., Madrid, 1988.

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1977.

ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil (Derecho de Familia)* Tomo I, Editorial ASTREA DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA, Buenos Aires, 1989.

F U E N T E S H E M E R O G R A F I C A S

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, *Diario de Debates*, numero 15, de 28 de abril del 2000.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos de la personalidad*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Julio - agosto de 1952.

CICU, Antonio, *La Filiación*. Revista de Derecho Privado. (Serie B, Volumen XIV). Traducción de Faustino Jiménez Arnau y José Santacruz Teijeiro, Madrid, 1930.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *La fecundación artificial en seres humanos (consideraciones jurídicas)*, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, volumen 40, enero - junio, números 169 - 170 - 171, 1990, publicación bimestral.

GALVAN RIVERA, Flavio, *La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el derecho civil*, en Revista Jurídica de Posgrado, año 1, número 2, abril, mayo, junio, 1995.

BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO (BFD), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, número 6, segunda época. Verano – otoño, 1994.
LA PRENSA, Periódico Informativo de la Ciudad de México del miércoles 27 de noviembre del 2002 y del domingo 1º de diciembre del 2002.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Novena Época, Tomo V, Marzo de 1997.

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal, Agenda Civil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2002.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial SISTA, México, 2003.

Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza de fecha 25 de junio de 1999, CD-R, Compilación Jurídica Mexicana.

Código Civil Federal, Compañía Editorial Impresora y Distribuidora, S.A. México, 2002.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Agenda Civil, Ediciones Fiscales ISEF, México, 2002.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial SISTA, México, 2003.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S.A., México, 2002.

Ley General de Salud, Editorial Porrúa, México, 2002.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Editorial SISTA, México, 2003.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, Editorial Porrúa, S.A. México, 2002.

LEYES INTERNACIONALES, INFORMES Y PROYECTOS

Código Civil Español, Comentado y concordado por Farré Alemán Joseph M^a, Editorial BOSCH, S.A., Madrid, 2001.

Instrucción del Vaticano sobre Problemas de Bioética, de 10 de mayo de 1987.
Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana, Londres, Julio 1984 .

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión el día 10 de abril de 1986).

Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de fecha 22 de noviembre de 1988.

OTRAS FUENTES

IUS 2000 CD-R

<http://www.cddhcu.qob.mx/levinfo/1>

<http://www.reproducción.com.mx/academia.html>

<http://www.hartas.com/salud/reproducción2.html>

http://www.hartas.com/salud/informe_insemmart.html

<http://www.reproducción.com.mx/>

<http://www.eurovitro.com/castellano/tecnicas.html>

http://www.hemerodigital.unam.mx/ANUIES/itlam/estudio/etras16/notas2/ftnt_2.html

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>