



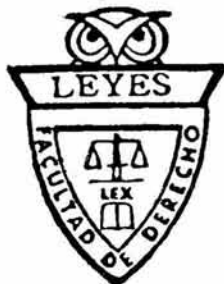
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE LOS DERECHOS
SUCESORIOS DE LAS PERSONAS NACIDAS POR
FECUNDACION ASISTIDA”**

T E S I S
QUE PARA OPTAR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RUBEN ADALID TORRES LOPEZ

ASESOR: LIC. FELIPE HERNANDEZ CHAMU



MEXICO, D.F.

2003.

M324440



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

AGRADECIMIENTOS:

A MI MADRE: Esa gran mujer que me dio la vida, me amó aún antes de conocerme y me ha apoyado en todo momento, tanto en mis aciertos como en mis errores y decisiones.

A MI PADRE: A ese hombre que con sus consejos y actitud me enseñó a ser un hombre de bien, trabajador y constante en mis metas trazadas y sobre todo a no desistir de mis anhelos.

A MI ESPOSA: Mi compañera en todo momento, mujer que amo y aprecio siempre y en todo momento, pilar esencial en la familia que un buen día decidimos formar. Ejemplo a seguir por su incondicional amor a la hija que procreamos, por ser una mujer excepcional en su trabajo y dedicada a la familia. Gracias por todo amor.

A MI HIJA: Motor que encendió mi vida, llenándola de emociones indescriptibles día a día, gran motivación para concluir este trabajo.

A MIS HERMANOS: Por las desveladas que pasamos juntos, apoyándonos mutuamente en los trabajos escolares, unas veces, dándonos consejos en otras, gracias por compartir con su hermano mayor sus ilusiones, angustias y más íntimos secretos, gracias por ser como son.

Agradezco además a la Universidad Nacional Autónoma de México, símbolo de conocimiento y enseñanza, gracias por haberme abierto sus puertas para aprender una de las carreras más nobles y antiguas de la humanidad, por haberme brindado la oportunidad de formar parte de esta gran familia, llena de tan prestigiosos profesionistas y académicos. GRACIAS.

324440

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Roberto Adriel López

FECHA: 03-NOVIEMBRE-2003

FIRMA: 



“NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PERSONAS NACIDAS POR FECUNDACIÓN ASISTIDA”

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1

EL SISTEMA REPRODUCTOR HUMANO Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA

1.1. La reproducción sexual.....	1
1.2. El sistema reproductor humano.....	5
1.3. La reproducción.....	8
1.4. La infertilidad y sus causas.....	14
1.5. La fecundación asistida y sus técnicas	24

CAPITULO 2

MARCO LEGAL DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN NUESTRO PAÍS

2.1. Naturaleza Jurídica de la fecundación asistida y sus consecuencias jurídicas.....	48
2.2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	53
2.3. Ley General de Salud y su Reglamento.....	55

2.4.	Ley General de Población y su Reglamento.....	66
2.5.	Códigos Civiles vigentes para la Federación y el Distrito Federal.....	70

CAPITULO 3

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

3.1.	Concepto.....	73
3.2.	La filiación desde el punto de vista biológico y Jurídico.....	83
3.3.	Especies de filiación.....	86

CAPITULO 4

NECESIDAD JURÍDICA PARA QUE SE REGULEN LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PERSONAS NACIDAS POR FECUNDACIÓN ASISTIDA.

4.1.	De la sucesión en general.....	130
4.2.	Regulación de la Sucesión legítima en el Código Civil para el Distrito Federal.....	133
4.3.	El Derecho de los hijos de suceder a los padres.....	138

4.4.	Problemática de la Fecundación asistida en sus diversas modalidades, frente a la sucesión legítima.....	142
4.5.	La necesidad de crear un título especial en el Código Civil para el Distrito Federal que regule la fecundación asistida.....	149
4.6.	Propuesta de reforma y adición a los artículos del Código Civil para el Distrito Federal relacionados con la sucesión legítima y con la fecundación asistida.....	163
CONCLUSIONES.....		177
BIBLIOGRAFÍA.....		181

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis que someto a su siempre preatinada consideración, lo denominamos "NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PERSONAS NACIDAS POR FECUNDACIÓN ASISTIDA.", y tiene como propósito el resaltar y defender los derechos de los infantes nacidos bajo éste método para que no queden desprotegidos; ya que como sabemos el derecho en general y en especial el Derecho Civil debe ser protector de las personas y la familia, pero sobre todo, estar acorde a los avances de la tecnología y del derecho mismo, como consecuencia del avance de éste siglo XXI.

Los avances de la ciencia médica durante las últimas décadas, particularmente en lo que se refiere a la reproducción asistida y a la genérica han sido sorprendentes; tanto, que actualmente desde el inicio del método de fertilización in vitro, en la década de los cincuenta y con tan sólo veinte años, de trabajo, nace en Inglaterra la primer persona de "probeta", con lo cual se da un gran paso en los avances científicos en cuanto a la medicina se refiere.

Es importante señalar que dichas técnicas de fecundación asistida, son catalogadas en algunos países como inmorales, teniendo incluso

cuestionamientos éticos, religiosos, filosóficos y jurídicos; y al mismo tiempo otros lo consideran como un derecho natural de las personas el tener acceso a ellos, ya que ante un impedimento físico no pueden tener hijos, y sí los avances médicos les brinda la oportunidad de concebirlos, porque no utilizarlos, además de que uno de lo fines del matrimonio es el de perpetuar la especie.

OBJETIVO GENERAL

Tomando en cuenta los beneficios de la fecundación asistida, hay algunos países tales como Alemania, Francia, Austria, Suecia, España e incluso el nuestro, que han seguido a Inglaterra en cuanto a la práctica de la reproducción asistida, los cuales al mismo tiempo están trabajando en la regulación de este tema, para tener una legislación especializada, acorde con los avances científicos de la fecundación asistida.

Es por ello que considero importante y necesario el presente trabajo de tesis en nuestro país, particularmente en el Distrito Federal, ya que ante los adelantos de la ciencia médica, específicamente en lo que se refiere a la fecundación asistida, nace la maternidad o la paternidad sustituta y con ello ciertas implicaciones legales como lo es que si tendrán derecho a heredar los hijos nacidos por fecundación asistida sobre el patrimonio de sus padres legales o naturales, aunque con estos últimos no tengan nexos biológicos. De igual forma el

supuesto que se presenta cuando se viola el secreto del nombre del donador, y se establece una filiación entre ellos, tendrá derecho a heredar a su padre natural, ya que la Ley establece que tendrán derecho a heredar por sucesión legítima en primer lugar, los descendientes.

Lo anterior se presenta ante la falta de una legislación especial, acorde con los avances científicos, que regule la reproducción asistida y las demás figuras jurídicas que con ella están relacionadas como son el derecho penal, el matrimonio, la filiación y la sucesión legítima, siendo esta última sobre la que versa el presente trabajo de investigación.

OBJETIVO ESPECÍFICO

Es de vital importancia dicha regulación, ya que como se ha mencionado, la tecnología médica para la fecundación asistida ya está en práctica en varios países, incluso aquí en México ya hay personas que la han utilizado como método terapéutico para poder tener hijos ante la imposibilidad física de uno o ambos cónyuges de procrear de manera natural. Por lo tanto, creo que la práctica de la fecundación asistida se aumentará en nuestro país, conforme sus habitantes se vayan acostumbrando a este tipo de concepción.

Es por ello que es inevitable y necesario regular en el Código Civil del Distrito federal, la reproducción asistida y sus implicaciones legales que traiga

consigo, principalmente en lo que se refiere a la sucesión legítima; ya que de esta forma se evitarán problemas presentes y futuros que se le presenten juzgadores, relacionados con los derechos hereditarios de los hijos concebidos por reproducción asistida respecto de sus padres legales y naturales.

Debido a que la utilización de los métodos de la fecundación asistida es ya un hecho, y que el uso de los mismos es una cuestión de mucha polémica, trayendo consigo implicaciones de tipo religiosas, morales y éticas, los puntos de vista a que hago referencia en el presente trabajo se hacen respetando los principios religiosos, morales y éticos de la sociedad mexicana, es decir, se tratará de no violentarlos, ya que como sabemos en México, existe la libertad de creencias y la mayoría de los mexicanos tenemos inclinación por pertenecer a alguna religión.

Estoy de acuerdo en que si se autorice el uso de la fecundación asistida a parejas que vivan en concubinato, ya que el mismo se encuentra plenamente reconocido por nuestra Ley y existe un sinnúmero de parejas unidas por esta figura jurídica en nuestro país, por lo que, tendríamos primero que suprimir de la Ley el concubinato si se pretende no afectar al matrimonio.

Este trabajo se ha dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos versa sobre el proceso natural de la reproducción, la infertilidad y las técnicas más comunes de la fecundación asistida; en el segundo capítulo se analiza el régimen jurídico de la fecundación asistida, en el tercer capítulo la institución de la filiación,

incluyendo la de los hijos nacidos por reproducción asistida; finalmente, ante la inexistencia de una normatividad, que regule y resuelva adecuadamente los problemas que se presentan con la aplicación de la fecundación asistida, en el cuarto y último capítulo se habla acerca de la sucesión legítima y se expone la manera como, en opinión particular, debe ser regulada esta materia y sus implicaciones con la sucesión legítima.

Espero que este trabajo contribuya, si no a la solución del problema, cuando menos a señalar una necesidad de una legislación adecuada que me parece evidente, y a despertar un mayor interés en el legislador para afrontarlo.

CAPITULO I

EL SISTEMA REPRODUCTOR HUMANO Y LA FECUNDACIÓN ASISTIDA

Ante la problemática que puede plantear la fecundación asistida en nuestra sociedad y en el derecho, es por lo que estamos tratando de resaltar mediante este trabajo las posibles consecuencias en el derecho civil, para que los hijos concebidos mediante ésta técnica gocen de los mismos derechos y obligaciones que los concebidos de manera natural ya conocida. Bajo esta tesis trataremos de analizar lo referente a la fecundación asistida y tener un panorama amplio para beneficio de los que en ella participan razón por la cual a continuación puntualizamos lo siguiente:

1.1. La reproducción Sexual

De manera genérica, podemos decir que la reproducción sexual se da mediante su forma natural, que es la relación sexual, esto era hasta hace poco, pero en la actualidad la reproducción sexual, puede darse mediante fecundación asistida, cambiando el sexo del hombre por un aparato u otro medio de fecundación.

Sin duda alguna este tema resulta por demás polémico y posiblemente criticable por la redacción del artículo cuarto constitucional, específicamente los párrafos segundo y tercero que son la base del estudio del presente tema.

A lo largo de la vida se ha debatido acerca de, si la fertilidad es un don o un derecho, a lo cual concluimos que se encuentra en ambos supuestos; se considera un don por que es una cualidad humana que distingue biológicamente a una persona de otra en cuanto a la posibilidad de procreación, y se considera derecho, en este caso derecho natural porque es inherente al individuo. En la Tesis de Calicles, que representa la forma primitiva de la doctrina, la noción de naturaleza es tomada en un sentido biológico comparado con el natural plenamente valioso por su misma naturalidad o espontaneidad. Queriendo decir con esto que no solo el derecho natural se debe de ver desde el punto de vista coactivo (en cuanto al derecho positivo) por la sanción impuesta por el Estado sino también desde el punto de vista biológico.

"Los comentaristas del derecho positivo suelen considerar al derecho natural como el conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado. La idea de la existencia de este derecho sigue al hombre en el curso de la historia, pero es una idea cambiante con el tiempo."¹

Por otra parte, si bien es cierto que en forma expresa el artículo en estudio no contempla el derecho a la fertilidad por la redacción de este, en sus párrafos segundo y tercero implícitamente contempla esta situación.

¹ DEPINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho Mexicano. 17ª. Edición, Edit. Porrúa. México 2000. P. 237.

“La doctora Margarita Herrera Ortiz coincide con el maestro Ignacio Burgoa en la crítica que éste hace al artículo cuarto constitucional en donde establece que es absurdo que en la Ley Fundamental del país se establezca que el hombre y la mujer tengan la libertad para copular o no copular, cuando estimen conveniente, y coincide por que manifiesta que en realidad no se establece ninguna garantía, puntualizando que la reproducción no es sólo de una persona sino de dos, el padre y la madre por igual y que dicho párrafo establece que la decisión debe ser de una manera libre, responsable e informada que debe tomar la pareja que de lo contrario no podrían darse los requisitos señalados. Finalmente señala que en los términos en que fue redactado este artículo no es una garantía por que no ofrece nada al gobernado, ni cumple el propósito para el cual fue expedido.”²

“La declaración dogmática que contiene el artículo constitucional mencionado, en el sentido de que el varón y la mujer son iguales ante la ley es contraria a la condición natural de las personas pertenecientes a ambos sexos, pues como se estableció en su momento la igualdad legal absoluta entre ellas no puede jamás existir.”³

Sería interesante desentrañar el sentido que el legislador de mil novecientos setenta y cuatro le quiso dar a este párrafo ya que como vimos, la igualdad pura y absoluta no existe ni existirá.

² HERRERA ORTIZ, Margarita. Manual de Derechos Humanos. 109 edición, Edit. Pac. México, 1999. P. 82

³ BURGOA ORIHUELA. Las garantías individuales 30ª. Edición. Edit. Porrúa, México, 2000. P. 274.

"El enunciado del párrafo tercero no conlleva, en estricto sentido, la pretensión del legislador de instituir el derecho a la reproducción como una garantía individual, sino de destacar que se trata de un hecho personal. El espíritu del enunciado parte del reconocimiento implícito de la naturaleza instintiva y reproductiva del ser humano y de la potestad de la unión para la procreación, por lo tanto, la redacción del texto hace referencia únicamente al aspecto consustancial de toda persona, y no propiamente a límites o abstenciones que impliquen al Estado. Así, esta declaración tiene como sentido principal el destacar que el derecho básico de decidir libre y responsablemente, es decir conscientemente, sobre el número y la frecuencia de los hijos no se limita a las parejas, sino que se hace extensivo a todo individuo que a partir de la información y de los medios a su disposición, pueda tomar una decisión sobre el particular en condiciones de igualdad ante la Ley".⁴

Como hemos visto, el precepto constitucional en estudio simplemente establece la naturaleza del hombre independientemente de la igualdad que señala, y como se puntualizó no se otorga una garantía propiamente hablando y sólo establece la condición humana de la procreación y es aquí donde implícitamente se contempla la fertilidad del individuo (mujer) o de la pareja por que si se está hablando de procreación y se establece que el individuo tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos que quiere tener esto quiere decir que al procrear se es fértil por lo tanto la persona que en lo individual o bien la pareja que sufra algún problema relacionado

⁴ LARA PONTE, Rodolfo, Constitución Política y sociedad. 2ª. Edición. Edt. Trillas. México 1999, P. 43

con la infertilidad o que biológicamente sean infértiles sea corregido por instituciones médicas públicas, ya que esto debe ser una actividad prioritaria del Estado simple y sencillamente porque es la naturaleza del individuo ya que si bien es cierto que no nacemos con esta, también es cierto que ésta por naturaleza se desarrolla en determinado momento de la vida del individuo al igual como se corrige un defecto físico de un individuo cuando nace también se debe corregir el problema de la infertilidad cuando ésta sea detectada.

1.2 El sistema reproductor humano

Antes de abordar el tema de la reproducción y de la fecundación asistida es importante hacer una breve descripción del complejo Sistema Reproductor Humano, puesto que esto facilitará la ubicación de los distintos órganos que lo componen, de los cuales se hará constante referencia a lo largo de este capítulo.

En ambos sexos, el sistema reproductor se compone por las glándulas sexuales o gónadas, donde se lleva a cabo la producción de las células sexuales o gametos y de hormonas. Por otra parte se encuentran los órganos de conducción que permiten que se produzca el encuentro de los gametos.

El sistema reproductor femenino está constituido por los *ovarios*, que son las células sexuales donde se lleva a cabo la producción de los gametos femeninos (óvulos); de las *tubas uterinas* (también conocidas como trompas de

falopio) que transportan el óvulo hasta el útero; la vagina y la vulva, constituida por el conjunto de órganos genitales externos de la mujer.

“Los ovarios son un par de cuerpos ovoides situados en la parte superior de la cavidad pélvica, uno de cada lado del útero. La *zona cortical periférica* contiene los *foliculos ováricos* compuestos por óvulos no maduros y un tejido que los circunda. Los foliculos están formados en su totalidad desde el inicio de la vida de la mujer que, al nacer, tiene aproximadamente unos dos millones, pero para la época que alcanza la pubertad, la degeneración normal de los mismos habrá reducido el número a unos 400,000. Esta parece ser una de las razones principales de que la fertilidad decline de manera abrupta después de los cuarenta años de edad. Cada mes, desde que comienza la pubertad, cientos de óvulos comienzan el proceso de maduración pero sólo uno será expulsado a las tubas uterinas tras la ruptura del foliculo para una probable fecundación, el resto se degradará y desaparecerá. Es así, que a pesar de que la mujer cuenta con 400,000 óvulos aproximadamente al iniciar su vida fértil, el número de ellos que efectivamente llegará a madurar y será expulsado del ovario está cerca de los 400.”⁵

Las tubas uterinas son unos conductos que se abren hacia el exterior en el *peritoneo*, cerca del ovario y hacia el interior en el *útero*. El interior de cada tuba está tapizado de numerosos pliegues mucosos recubiertos de células provistas de pestañas vibrátiles que ayudan a la progresión del gameto con dirección al útero.

⁵ DÍAZ RIVADENEYRA JUAN.- *La Inseminación Artificial*, 3ª. Edición, Edit. Temis México, 2000, P. 71

El útero es el órgano donde se efectúa la menstruación, la implantación del embrión, el desarrollo del feto durante el embarazo y el parto. Es un músculo hueco situado en medio de la pelvis, directamente detrás de la vejiga y delante del recto. La cavidad uterina se halla tapizada por una mucosa llamada *endometrio*. Los extremos superiores del útero se comunican con las tubas uterinas, la parte baja, el cuello está atravesado en su parte central por el canal cervical o cervix, que está tapizado por una mucosa rica en glándulas que secretan una sustancia transparente y viscosa llamada flujo o suero cervical.

“La *vagina* es un conducto músculo membranoso que comunica el cuello del útero y los órganos genitales internos con la vulva, constituida por el conjunto de órganos genitales externos.

Por lo que respecta al aparato reproductor masculino, la mayoría de los órganos genitales del hombre se desplazan para instalarse en el *escroto*, saco dérmico que pende por delante de la parte interior y alta de los muslos. La cavidad escrotal está dividida en dos bolsas, en cada una de las cuales se encuentra un *testículo*, que son justamente las glándulas sexuales masculinas. En su interior se encuentran los *conductos seminales* que se apilotonan hacia el polo superior y el borde posterior de la glándula formando el *epidídimo*, donde tiene lugar la producción de los gametos masculinos mediante un proceso denominado *espermatoogénesis*.⁶

⁶ *Ibidem* p. 72

Los *conductos deferentes* son la continuación del epididimo, penetran en la pelvis, contornean la vejiga y se dilatan formando las ampollas deferentes. Estas están flanqueadas hacia el exterior por las *vesículas seminales* que constituyen los depósitos del líquido espermático en el que se diluyen los espermatozoides. Los conductos deferentes atraviesan las vesículas seminales y toman el nombre de conductos eyaculadores. Estos se dirigen el uno hacia el otro, atraviesan la *próstata* y ambos desembocan en la *uretra*, exactamente debajo del cuello de la vejiga. A partir de aquí se confunden las vías urinarias y las genitales.

La próstata es un órgano que rodea el sector inicial de la uretra y secreta un líquido que se vierte en ella por medio de numerosos canales. La uretra constituye la parte terminal de las vías excretoras genitales. En la zona que se encuentra por debajo del pubis está rodeada por un órgano eréctil del pene llamado *cuerpo esponjoso*. Recorre el pene en toda su extensión y termina en el orificio uretral externo o meato urinario.

1.3 La Reproducción

La reproducción es el proceso mediante el cual los seres vivos generan un nuevo individuo de su misma especie. Los detalles del proceso reproductor varían mucho dependiendo de los organismos de que se trate, pero básicamente se pueden distinguir dos tipos: La asexual y la sexual.

"La reproducción asexual supone un progenitor único que se divide, germina o fragmenta para formar dos o más descendientes cuyos caracteres hereditarios son idénticos a los de aquél que le dio origen. Este tipo de reproducción es común en organismos que tienen un bajo grado en la escala evolutiva, como son las bacterias, algas, hongos, musgos, traqueófitas, así como en los protozoarios, celenterados, brizos, etcétera."⁷

En contraste, la reproducción sexual necesita de dos progenitores, cada uno de los cuales aporta una célula especializada llamada gameto, uno masculino y otro femenino, que deben encontrarse para fusionarse y dar lugar a una célula única, el embrión o huevo. Este se desarrolla, crece y se diferencia hasta formar el nuevo individuo que tendrá caracteres hereditarios combinados de ambos progenitores.

La reproducción en el ser humano se efectúa sexualmente por la unión del gameto femenino, llamado óvulo y del gameto masculino, llamado espermatozoo o espermatozoide.

Este proceso comienza con la relación sexual, en el clímax de la cual, el hombre produce la eyaculación del espermatozoo en la vagina de la mujer, primeramente fluye el líquido seminal y luego el líquido que procede directamente de los testículos y que es rico en espermatozoides.

⁷ COHEN, Jean, Enciclopedia de la Vida Sexual 4ª. Edición Trad. De Ignacio Gaos. Edit. Trillas, México, 1999. P. 27.

El semen eyaculado frente al cuello uterino durante el coito se desplaza y llega al útero. Las opiniones de los científicos no coinciden en la forma como los espermatozoides se desplazan por los órganos genitales femeninos. "Algunos opinan que lo hacen mediante los movimientos de sus flagelos, otros, que es gracias a las contracciones musculares del útero. En realidad parece ser una combinación de ambos mecanismos; se desplazan parcialmente por sus propios medios, pero principalmente por la fuerza de las contracciones musculares de las paredes de estos órganos"⁸. En el curso del ciclo femenino, el periodo de ovulación se caracteriza por la presencia del suero cervical que permite y facilita la progresión de los espermatozoides por las vías genitales femeninas. La mayor parte de los espermatozoides se pierden en el camino, pero algunos llegan a las entradas de las tubas uterinas y nadan subiendo por ellas. "La progresión de los espermatozoides a través de las tubas está estimulada por los movimientos de las pequeñas pestañas vibrátiles ubicadas en la pared de dichos órganos. En el curso de este recorrido se producen reacciones enzimáticas superficiales que provocan modificaciones químicas de la cabeza del espermatozoide y que lo convierte en fecundante."⁹

"En el ovario, la rotura de un folículo maduro tiene como consecuencia la expulsión de un óvulo y el líquido que lo rodea. Esta expulsión del *líquido folicular* y del óvulo obedece a la diferencia de presión existente entre el interior de la cavidad abdominal y el interior de la tuba uterina. Los movimientos de las

⁸ Idem P. 40

⁹ Idem. P. 41

pestañas vibrátiles producen una corriente que impulsa el líquido folicular y el óvulo a través de la tuba. La travesía que efectúa el óvulo dura varias horas, durante las cuales también se producen fenómenos enzimáticos que tienen por resultado la disolución de la corona radiada que los circunda, con lo que se hace posible la fecundación por un espermatozoide."¹⁰

"Durante el coito se introducen millones de espermatozoides en la vagina. En una eyaculación normal, el número de espermatozoides fluctúa entre 60 y 170 millones, pero sólo unos 2,000 llegan a la cercanía del óvulo. En condiciones normales un solo espermatozoide fecunda al óvulo porque este último forma una membrana que no permite el paso de otros espermatozoides una vez que la fecundación tiene lugar."¹¹

"La fecundación propiamente, es el encuentro de los gametos masculino y femenino, seguido por la penetración de aquél en este, con la subsecuente unión de los núcleos de ambos.

Los espermatozoides pueden vivir en los órganos genitales femeninos (útero y tubas uterinas) alrededor de tres días como promedio, pero deben permanecer en ellos de 4 a 6 horas para que la fecundación pueda realizarse. Aunque la motilidad de los espermatozoides puede desempeñar un papel mínimo

¹⁰ Idem P. 42

¹¹ VILLIE Claude Biología, 7ª. Edición trad. Del Doctor Roberto Espinoza, Edit. McGraw-Hill México 1999 P. 504

en su transporte desde la vagina al oviducto, probablemente dicho movimiento tenga importancia para la penetración del óvulo."¹²

El espermatozoide al tener contacto con la membrana exterior del óvulo pierde su cola o filamento y el resto penetra en el protoplasma de esta célula. En este momento, se encuentran presentes en su interior ambos núcleos, cada uno de los cuales contienen 23 cromosomas que aportan la información genética de cada progenitor. Los núcleos se fusionan en uno solo y los 46 cromosomas se mezclan dando como resultado el núcleo normal que contiene 23 pares de cromosomas.

Durante mucho tiempo se pensó que había comunicación entre el espermatozoide y el óvulo con anterioridad al encuentro de los mismos para la fecundación. Sin embargo estudios recientes han demostrado que un número pequeño de espermatozoides cambia sus patrones de nado en respuesta a sustancias químicas secretadas por el óvulo o por células que se encuentran a su alrededor. No todos los óvulos secretan estas sustancias y sólo aquellos que lo hacen serán fecundados, de manera que la atracción es un factor clave en el proceso de la fecundación.

Inmediatamente después de la fecundación se producen los fenómenos denominados *segmentación*, que prosiguen durante la migración del embrión hacia el útero y consisten en que dicha célula se divide por *mitosis* en dos células

¹² Idem P. 503

iguales, luego en cuatro, ocho, dieciséis y así sucesivamente. Estas células se denominan *blastómeros*. Las divisiones se realizan sin que el embrión aumente su volumen global, lo cual es esencial porque, si este fuera más grueso, no podría continuar su avance por la tuba uterina. A los tres días de haber tenido lugar la fecundación, el huevo en curso de desarrollo deja la tuba para penetrar en el útero. En esta etapa, es una bola apretada de 32 células que recibe el nombre de *mórula*. La *mórula* aumenta paulatinamente de volumen, se ahueca y se llena de líquido formando así la *blástula* o *blastocisto*. En el interior del blastocisto las células continúan multiplicándose rápidamente y comienzan a especializarse aproximadamente 7 días después de la fecundación, el blastocisto anida en el endometrio.

Después de la anidación en la mucosa uterina, el embrión continúa su desarrollo normal durante los 9 meses de embarazo que concluye con el parto.

El proceso de la reproducción llamado por algunos "milagro de la reproducción", es tan complejo que entre más lo conocen los científicos, más se asombran de que funcione con tanta frecuencia. La fecundación es uno de los pasos más complicados y el más sencillo de reproducir en un laboratorio. Los verdaderos problemas se presentan en los sucesos que ocurren antes y después de ese momento.

1.4 La Infertilidad y sus Causas

"Es importante diferenciar los términos infertilidad y esterilidad, que muchos autores confunden. Algunos prefieren el término infertilidad al de esterilidad arguyendo que aquél suena menos determinante y conlleva un menor estigma. De acuerdo con ellos, en el caso de esterilidad no hay esperanza de embarazo, mientras que el término infertilidad admite grados intermedios. Si bien es difícil determinar la barrera entre la fertilidad absoluta y la fertilidad relativa."¹³ Ahora bien en virtud de que médica y psicológicamente esterilidad e impotencia se refieren a patologías distintas, se utiliza el término infertilidad en un sentido amplio que engloba a los dos anteriores, mismos que se utilizarán en un sentido estricto.

"Una definición aceptada de infertilidad es: "La incapacidad para embarazarse después de haber tenido relaciones sexuales por 12 meses sin el uso de métodos anticonceptivos". El 85% de las parejas que desean procrear lo consiguen dentro de un año 4 de éstas, el 60% lo logra dentro de los primeros 3 meses. De acuerdo con un artículo aparecido en Newsweek en 1984, la infertilidad va en aumento y afecta a una de cada cinco parejas en los Estados Unidos de América. Se ha llegado a determinar que en los países desarrollados, el 50% de los suicidios femeninos tiene como causa una supuesta infertilidad, aunque en nuestro país representa el 25%. De acuerdo con Howard A. Zzacur y John Rock (1983), ambos médicos de Baltimore, E.U.A.. Del 90% de los casos de infertilidad,

¹³ BLANCO CORREA. Jorge. Principios de Anatomía y Fisiología 2º. Edición. Edit. Horta México. 1983 p.p. 477-48

el 25% se debe a factores masculinos, otro 35% a factores femeninos y el 30% restante, a un problema combinado. Para el 10% de las parejas infértiles, no se encuentra causa alguna. En México, las conclusiones a que han llegado los encargados del Departamento Clínico de Servicios Genéticos del Hospital La Raza, son similares.¹⁴

“La infertilidad humana ha sido considerada siempre como un hecho digno de compararse a una calamidad social y a una desgracia que castiga al individuo. Desde tiempos remotos, la mujer que no podía concebir era repudiada o abandonada por su compañero. En Roma la impotencia incurable, ya aquejada ésta al mando o a la mujer, podía servir de fundamento para el *divortium bona gratia* del derecho Justineano. Aún hoy, para el varón musulmán no es difícil desembarazarse de su esposa infecunda mediante las diversas repudiaciones reglamentadas por el Corán. Esta, a su vez, puede obtener el divorcio judicial si su esposo es infértil, ya sea que tal estado haya surgido en una época anterior o posterior al matrimonio.”¹⁵ Pero no es necesario remontarse a tiempos antiguos ni irse a lugares lejanos, muchas legislaciones occidentales actuales, entre ellas la nuestra, reconocen estas causas como motivos de disolución de la unión conyugal o bien como impedimento para que esta se realice.

La esterilidad se define como: “La imposibilidad de que el espermatozoide fecunde al óvulo.” En cualquier caso, puede presentarse en el hombre, en la mujer

¹¹ Idem. P. 48

¹⁴ Idem P. 50

o por una incompatibilidad entre ambos, según lo demuestran los adelantos en el tratamiento de la esterilidad femenina y el conocimiento más reciente e imperfecto, de las causas de esterilidad masculina.

La esterilidad obedece a dos grandes causas: a) Deficiencias en la fabricación de gametos ó b) La existencia de algún obstáculo que impida el encuentro del espermatozoide con el óvulo o bien que impida la anidación del embrión en la cavidad uterina.

En la mujer, la no producción de gametos o esterilidades anovulatorias son frecuentes, pero recientes progresos terapéuticos permiten superarlas en la mayoría de los casos mediante el uso de medicamentos o bien con intervenciones quirúrgicas sencillas.

Un caso frecuente es el de espesamiento del recubrimiento ovárico que impide la maduración y rotura del folículo y que se elimina mediante una biopsia ovárica, permitiendo así una ovulación normal. En ocasiones, la esterilidad se presenta como resultado de la secreción de cantidades inadecuadas de ciertas hormonas involucradas en el proceso de la liberación del óvulo. En otros casos no se presenta una ovulación espontánea, pero puede provocarse con algunos medicamentos, sin embargo, estas drogas deben utilizarse con cuidado puesto que no están exentas de peligro y pueden ocasionar embarazos múltiples.

"El esperma del hombre, se estudia directamente mediante el examen del líquido espermático, en el cual hay que observar no sólo el número de

espermatozoides por centímetro cúbico, sino también su movilidad, su vitalidad y la eventual presencia de una infección, posibilidad frecuente y fácilmente curable.

La falta total de espermatozoides en el semen se llama *azzosperma*. La cual puede ser congénita, estar relacionada con defectos en el descenso de los testículos al escroto o ser consecuencia de una infección."¹⁶

Existen también defectos transitorios de la espermatogénesis debidos a trastornos nerviosos y al agotamiento, estrés o alguna infección de las vías genitales. Estos últimos casos son bastantes fáciles de curar mediante un tratamiento adecuado.

El alcoholismo y la drogadicción pueden originar esterilidad. Asimismo, otros factores como fumar o el uso por el hombre de ropa entallada (pantalones o calzones), pueden originar deficiencias de carácter temporal en la producción de gametos. En este último caso se debe a que la ropa entallada mantiene a los testículos contra el cuerpo, lo cual aumenta la temperatura de los mismos y repercute en la producción de espermatozoides.

En la mujer, a todos los niveles pueden presentarse obstáculos a la ascensión de los espermatozoides y a su encuentro con el óvulo en el tercio externo de la tuba uterina.

Las esterilidades vaginales obedecen a diversas causas como el *vaginismo* (dolor al momento del coito de manera que no se permite la penetración) o malformaciones anatómicas (como en el caso de doble vagina). Sin embargo estas son verdaderamente excepcionales. Las inflamaciones, que son en cambio muy frecuentes, de ser muy agudas pueden impedir transitoriamente llegar a los espermatozoides al cuello del útero.

“Las esterilidades por causas cervicales son frecuentes en el cuello del útero. Pueden formarse ulceraciones externas o llagas superficiales susceptibles de impedir a los espermatozoides el ascenso por el conducto endo cervical. La infección del suero cervical es extremadamente frecuente y no desaparece hasta que se determine su origen y se emprende un tratamiento. Tras la infección subsisten frecuentemente anomalías en la secreción del moco cervical, que son de tratamiento mucho más difícil.

En ocasiones, el moco cervical es el que impide el paso de los espermatozoides hacia el útero. Esto puede deberse a que espermatozoides y moco cervical sean incompatibles y éste actúe como espermicida o bien porque puede formarse un tapón de moco que obstruye el cervix.”¹⁷

En las esterilidades de origen uterino, el útero puede estar afectado por modificaciones que impidan la fecundación o con mayor frecuencia, la anidación

¹⁶ COHEN, Jean OP CIT. P. 946

¹⁷ Ibidem p. 946

del blastocisto. El endometrio puede quedar modificado por lesiones infecciosas. Muchas infecciones son fácilmente curables a base de antibióticos y no provocan la esterilidad definitiva salvo que vayan acompañadas de lesiones que obstruyan las tubas uterinas; otras, por el contrario, son más serias y pueden modificar de manera importante el aparato genital, provocando la esterilidad definitiva.

En la cavidad uterina pueden existir unas adherencias denominadas *sinequias* que la estrechan y obstaculizan el avance del huevo. En ocasiones exigen un tratamiento quirúrgico. El músculo uterino se haya algunas veces deformado por fibromas que pueden ser responsables de esterilidad o de abortos repetidos.

"Las esterilidades por causas tubarias se encuentran entre las más frecuentes. Se estima que la mitad de las esterilidades femeninas se deben a una infección de las tubas uterinas. Todas las infecciones del aparato genital pueden afectar las tubas, con lo que se produce una *salpingitis* casi siempre bilateral que provoca el estrechamiento de las tubas. La infección tubaria puede tener distintos orígenes, entre otros, las enfermedades venéreas. También los abortos practicados en malas condiciones y cuyas secuelas descuidadas pueden producir esterilidad definitiva. Finalmente, los dispositivos intrauterinos pueden provocar lesiones que bloquean la salida de las tubas al útero."¹⁸

¹⁸ VII.L.F., Claude. Op. Cit. P. 516

En el hombre son extraordinariamente frecuentes las anomalías del complejo aparato de conducción que permite a los espermatozoides llegar desde el testículo hasta la extremidad de la uretra en aproximadamente 72 días. Estas anomalías obedecen fundamentalmente a tres causas: infecciones, malformaciones congénitas e intervenciones quirúrgicas.

Las *estenosis* de origen infeccioso son múltiples y a menudo sucesivas. La *epididimitis* (infección del epidídimo) interfiere con la maduración de los espermatozoides, pero puede ser tratada con antibióticos o en ocasiones según el grado de afección mediante cirugía.

"Las malformaciones del aparato de conducción de los espermatozoides son frecuentes. Entre ellas destacan la carencia de conducto deferente y la malformación del epidídimo, cuyo tratamiento es más delicado ya que estas malformaciones son, a menudo múltiples. También pueden presentarse defectos en el pene como la *luposdadia* (emplazamiento anormal del meato urinario), principalmente la peneana (en la base del pene) y la escrotal."¹⁹

Otras causas no tan comunes, pero no por ello menos importantes, son ciertas condiciones autoinmunes que se presentan en determinados individuos y que consisten en la producción de anticuerpos contra los propios espermatozoides, lo que trae como resultado el amontonamiento de los mismos.

¹⁹ NOBLE, Elizabeth, Inseminación Artificial y Esterilidad, 4ª. Edición. Edit. Diana, México, 2000 P. 361

En ocasiones, la mujer es la que presenta reacciones alérgicas ante la presencia del semen de determinados hombres.

Por otro lado, existen patologías en las cuales los espermatozoides están disponibles en su origen, pero estas situaciones evitan que fisiológicamente lleguen a un destino fértil.

De acuerdo con algunos autores, la fertilidad normal se define con una cuenta, de por lo menos, 20 millones de espermatozoides por mililitro, aunque no hay uniformidad en este criterio. La *oligospermia* se refiere a una cuenta menor de espermatozoides y puede ser causada por diversas enfermedades tales como la *varicocele* (inflamación de las venas de los testículos), por fallas en los testículos, desórdenes endocrinos y *criptorquidismo* (los testículos no descienden al escroto), entre otras.

“Hasta los años cincuenta, la cuenta de espermatozoides se consideró como el aspecto más importante para determinar la esterilidad, sin embargo, en muchos casos, si solo se consideraba la densidad espermática, a pesar de la cuenta superior a 20 millones de espermatozoides por mililitro, no se notaba ningún aumento en el potencial de fertilidad. Posteriormente, se comprobó que la motilidad y la morfología de los espermatozoides son, de hecho, más importantes

que el número total de ellos. La combinación de la motilidad y un alto número de formas normales compensan una densidad espermática menor."²⁰

"La *astenospermia* (de asténico, que significa fatigado) describe un importante grado de motilidad reducida en los espermatozoides. Normalmente, dos horas después de la emisión, el 70% aún está en movimiento, del 40% al 50% lo está al cabo de 4 horas y más del 15% transcurridas 24 horas. Por debajo del 50% de motilidad al cabo de las primeras 2 horas de eyaculación, se trata ya de una astenospermia."²¹

La forma también es primordial. Un espermatozoide normal tiene una cabeza que contiene el núcleo (con la información genética en los cromosomas) y una amplia vacuola coronada por el *acrosoma*, corpúsculo compuesto por sustancias químicas que son las responsables de la penetración en el óvulo, un fragmento intermedio que contiene gran cantidad de mitocondrias que aportan la energía necesaria para el movimiento, y finalmente, la cola o filamento ondulatorio que le permite desplazarse "Los espermatozoides anormales son principalmente bifidos (de dos flagelos), microcéfalos o bicéfalos. Siempre se descubren formas anormales pero su número debe ser escaso para que el esperma sea fecundante. la *teratosperma* se refiere a un elevado número de formas anormales en el semen."²²

²⁰ Idem P.P. 362 y 363

²¹ REYES, Juana. Inseminación Artificial contra la Esterilidad 6ª. Edición, Edit. Diana, México 1999, P. 207.

También puede presentarse una *necrosperma*, es decir, que los espermatozoides están presentes en el eyaculado, pero muertos; una *dispermia*, cuando hay un bajo nivel de fluido seminal y *aspermia*, que implica una ausencia de eyaculación.

Finalmente, puede presentarse una eyaculación retrógrada, en la cual, debido a una anomalía de los conductos eyaculadores o de la uretra, la eyaculación se produce en la vejiga.

Se insiste también actualmente sobre la posibilidad de que ciertos factores inmunológicos pueden hacer que una pareja sea estéril, aunque cada uno de sus componentes sea, por separado, totalmente fértil. Estos fenómenos inmunológicos, cuyo estudio ha comenzado con el de los injertos de órganos, se presentan casi siempre en el cuello uterino. Quizá dentro de algún tiempo estos estudios permitan encontrar alguna explicación racional a los numerosos fenómenos de la fecundación que siguen siendo un misterio.

A diferencia de la esterilidad, la impotencia es la incapacidad para tener relaciones sexuales. En muchos casos se debe a trastornos psicológicos y el tratamiento adecuado es a través de psicoterapias. Sin embargo, también puede ser el resultado de anormalidades físicas en el pene o de paraplejias. En estos casos la fecundación asistida puede tener gran valor.

²⁷ Idem p. 208

1.5 La Fecundación asistida y sus técnicas

“Se llama fecundación asistida al conjunto de procedimientos terapéuticos dirigidos a lograr la fecundación del óvulo y el espermatozoide, con la finalidad de que la mujer se embarace y de a luz a un ser humano, cuando de manera natural no se consigue. A través de estas técnicas, hoy en día los doctores pueden manipular prácticamente cada aspecto del proceso reproductivo. A continuación se analizarán las técnicas principales: la inseminación artificial, la fecundación in vitro y dos más recientes, la microinyección y la perforación de zona pelúcida.”²³

Se llama inseminación artificial a la introducción de espermatozoides en las vías genitales de la mujer a través de un instrumento apropiado con el objeto de provocar el encuentro del óvulo con el espermatozoide, para generar nueva vida. Se dice que la inseminación artificial es homóloga cuando el esperma pertenece al cónyuge y, que es inseminación heteróloga cuando se utiliza esperma proporcionado por un donante a través de un banco de esperma creado para tal fin.

Como se acaba de señalar, la inseminación artificial se practica bajo dos modalidades básicas: la homóloga (IAH) y la heteróloga (IAD).

²³ Idem p. 209

En términos generales, la inseminación artificial homóloga, también conocida como endógena, es la que se practica con el semen del cónyuge o, en su caso, del concubinario. La IAH es un auténtico tratamiento para parejas infértiles, no así la IAD, en la que puede no existir una relación de pareja y como tal, cumple con un requisito fundamental de la terapéutica el de beneficiar lo más que se pueda con los recursos disponibles, aunque no es muy aceptada en los casos en que no existe el vínculo matrimonial o el concubinato, ya que trae consigo consideraciones morales y religiosas.

En general, las indicaciones para la IAH son cualesquier causa de infertilidad que impida la inseminación normal o la migración espermática. Es fundamental hacer una juiciosa evaluación de la pareja antes de practicar la inseminación artificial. Deben tenerse presentes, sobre todo, las contraindicaciones médicas (como infecciones del tracto genital femenino que pueden derivar en complicaciones más o menos graves si se practica la inseminación artificial, el estado de la madre que no haga aconsejable un embarazo, entre otras), las engenésicas (cuando hay peligro de transmisión de enfermedades hereditarias, por ejemplo) y también las contraindicaciones sociales como el alcoholismo, la drogadicción o la falta de responsabilidad paterna.

“Desde el punto de vista seminal, las indicaciones para la IAH son la *oligosperma*, *astenosperma*, *teratosperma* o *dispermia*. Cuando la mujer presenta

reacciones alérgicas al semen del marido, la inseminación artificial puede ser exitosa y se utilizan únicamente los espermatozoides.²⁴

Los factores femeninos que sirven de base para recomendar la IAH son básicamente las esterilidades que se producen a nivel vaginal o cervical, ya que la inseminación puede hacerse directamente en el útero.

Por último, respecto del hombre, es aconsejable practicar la IAH desde el punto de vista médico, cuando existen anomalías en el aparato de conducción de los espermatozoides (malformaciones anatómicas, obstrucción de las vías genitales en cualquiera de sus puntos, eyaculación retrógrada, etcétera), pero es posible obtener éstos por algún medio como la punción testicular o directamente de la vejiga, en el caso de eyaculación retrógrada, por ejemplo.

Cuando la causa de la infertilidad es la impotencia y esta tiene un origen psicológico, siempre debe tratarse a través de psicoterapias antes de recurrir a la inseminación artificial. Sin embargo, si la impotencia es incurable, la IAH puede intentarse si hay producción de gametos y es posible su obtención.

Es difícil evaluar la efectividad de la IAH ya que no hay concierto entre los distintos investigadores y médicos, así como tampoco un control preciso, tanto de los individuos que se han sometido a ella como de las técnicas empleadas, que

²⁴ *Ibidem* p. 210

permita elaborar estadísticas confiables. En la literatura se presenta desde altamente exitosa hasta relativamente no exitosa.

“En la inseminación artificial heteróloga (IAD), también conocida por inseminación artificial por donante o exogámica, se utiliza semen proveniente de un tercero (donante) ajeno al matrimonio o, en su caso, al concubinato. La relación de pareja puede incluso no existir puesto que puede practicarse y de hecho se practica, en mujeres solteras y aún en lesbianas, aunque esto sea reprobable, ya que afecta a la institución jurídica del matrimonio y más aún a los niños nacidos en éstas circunstancias, por lo que no estoy de acuerdo en que se permita el acceso a la fecundación asistida a dichas personas.”²⁵

La IAH ha sido fuertemente criticada y rechazada por cuestiones morales o religiosas, pero, como tratamiento para parejas infértiles, no cabe duda de que es cada vez más aceptada en el mundo por médicos y pacientes. Sin embargo, no deja de tener fuertes implicaciones éticas en virtud de que no es un método reservado para parejas que llevan una relación estable. Por ello considero que solamente las personas unidas en matrimonio y en concubinato (que tengan por lo menos dos años de relación constante y permanente) deberán tener acceso a este tipo de inseminación.

²⁵ RAMÍBALD, Raymond. El Drama Humano de la Inseminación Artificial 6ª. Edición, Edit. Aguilar, México, 2000. P. 293.

La IAD constituye una alternativa para la procreación cuando no es imposible realizar la IAH porque haya una esterilidad o impotencia absoluta del marido, cuando a pesar de haberse intentado la IAH, esta no ha dado resultados o bien, como ya se apuntó, cuando no existe matrimonio o concubinato.

En el hombre, la más clara indicación de infertilidad es la *azoosperma* y la *aspermia*. La IAD también se practica en gran medida por razones engénicas, ya que, si bien no se elimina el riesgo de transmitir alguna anomalía genética, si se reduce considerablemente, pues siempre se hace una amplia evaluación del donante y de su semen antes de que sea utilizado. No obstante, las indicaciones más claras para la IAD y probablemente las únicas indicaciones femeninas, son inmunológicas y entre estas, la más común es la incompatibilidad entre el factor Rh de la mujer y del marido.

"Anteriormente, la vasectomía era una causa cada vez más común de que ciertas parejas recurrieran a la IAD. De acuerdo con un estudio realizado durante la década pasada en Estados Unidos de América fueron practicadas en hombres que se habían hecho la vasectomía y posteriormente contraído un nuevo matrimonio. Sin embargo, debido a avances médicos éste porcentaje casi ha desaparecido, ya que en la actualidad los efectos de la vasectomía se pueden revertir con éxito."²⁶

²⁶ Idem P. 207

La selección del donante que, por lo general corresponde al médico que practica la inseminación, es un factor de suma importancia. El donante debe estar en buen estado de salud tanto físico como mental. Debe formularse una historia clínica completa y detallada tanto personal como familiar (parientes en línea recta) de cada donante a través de cuidadosos interrogatorios y análisis clínicos. Es preciso que no haya malformaciones orgánicas congénitas (v.gr. labio leporino) ni enfermedades o anomalías transmisibles genéticamente (como la hemofilia, el albinismo o la distrofia muscular). La evaluación de padecimientos en ascendientes y descendientes es importante porque muchas enfermedades no se transmiten a la siguiente generación, sino que pueden brincar una o más generaciones. El donante debe tener el mismo factor Rh que la esposa, debe tener fertilidad probada y semen de excelente calidad.

También es necesario hacer una cuidadosa evaluación de la pareja. Ambos cónyuges deben ser emocionalmente maduros y tener un matrimonio o concubinato estable, pues los intereses del hijo que se quiere concebir deben tener un papel preponderante. Una contraindicación para la IAD es justamente la inestabilidad de cualquiera de los cónyuges o del matrimonio mismo. No debe haber *reservas mentales, morales, religiosas o legales ni presión alguna por parte de cualquiera de ellos o de sus parientes, amigos, etcétera*. La evaluación de la pareja cobra mayor importancia que en la IAH puesto que se involucra a un tercero extraño.

Asimismo deben considerarse las contraindicaciones médicas, eugenésicas (sobre todo en la mujer, ya que se hace un análisis selectivo del donante) y sociales apuntadas anteriormente para la IAH, con miras a proteger los intereses del futuro hijo.

Algunos autores consideran la responsabilidad del médico en el estudio, selección y aceptabilidad tanto de la pareja como del donante, como el factor primordial en la IAD. Comparto esta idea ya que el médico debe ser el responsable de que se lleve a buen término la fecundación asistida.

“La inseminación artificial mixta (IAM) también se conoce como inseminación artificial o biseminal. Se refiere a la práctica de mezclar semen del marido (cuando es clínica, pero no absolutamente estéril) con semen del donante. Esto se hace con el propósito de crear una presunta legitimidad natural del marido sobre el hijo concebido de esta manera, es decir, el marido puede pensar que por alguna remota posibilidad él puede ser el padre biológico. Ahora bien, si el marido no es completa, sino marginalmente estéril, cabe preguntarse ¿Por qué utilizar semen de un donante?”²⁷

Ya desde principios de los años sesentas, A. F. Guttmacher protestaba contra la práctica de la IAM en los siguientes términos:

²⁷ Idem P. 281

Si la pareja no puede aceptar la realidad de que éste será un niño del semen de un hombre extraño, entonces pienso que no están intelectual ni emocionalmente maduros para el procedimiento. Por ello, no he estado tentado a tranquilizarlos haciéndoles sentir que el niño puede ser hijo del marido.

Por otro lado hay médicos que mezclan el semen de distintos donantes con el objeto de confundir la paternidad biológica, sin que ello ofrezca ventajas para la concepción, pero sí probables efectos adversos en el semen. La IAM es frecuentemente utilizada por lesbianas y mujeres solteras con el fin de evitar posibles demandas de paternidad. En cualquier caso, el método es éticamente reprobable.

El momento de practicar la inseminación artificial constituye el aspecto más importante y de mayor cuidado puesto que el óvulo es viable por menos de 48 horas. Por ello debe determinarse el momento de la ovulación con la mayor exactitud posible, para lo cual se han propuesto diversas técnicas sin que ninguna constituya un método seguro de diagnóstico. Ahora bien, varios practicantes encuentran más efectivo inducir la ovulación que tratar de predecirla, pero ello aumenta las probabilidades de embarazos múltiples y puede resultar en anomalías en los cromosomas.

Usualmente se practican varias inseminaciones separadas por lapsos de 1 o 2 días con el objeto de cubrir todo el período fértil de la mujer, así como de aprovechar el tiempo de supervivencia de los espermatozoides. Se aconseja

practicar la inseminación cuando la temperatura corporal de la mujer está en su punto más bajo puesto que por lo general es en ese momento cuando ocurre la ovulación.

Para la inseminación se utiliza una cánula de plástico o de metal conocidas como "cánulas de Brown o de Bomelaire" con la punta redondeada para no causar lesiones internas. Debe ser suficientemente delgada para que pueda penetrar por el canal cervical e incluso en la cavidad uterina. El semen se coloca en una jeringa estéril, a la cual se adopta la cánula.

Básicamente hay tres métodos de inseminación artificial: vaginal, cervical e intrauterina. Estos pueden ser utilizados solos o combinados.

En 1933 Steptia propuso un método especializado de inseminación heteróloga en el cual el cónyuge azoospermico servía de vehículo para el espermatozoide del donante. El procedimiento consistía en cateterizar los conductos eyaculadores del marido, el semen de un donante era entonces inyectado en las vesículas seminales del esposo, después de lo cual tenía lugar el coito, pero esta no tuvo éxito. Steptia llamó a este procedimiento inseminación artificial fisiológica.

"En la inseminación intravaginal, el semen se deposita en el fondo de la vagina, alrededor del cuello uterino. Teóricamente este método es el que más se asemeja a las condiciones naturales, sin embargo no es el más exitoso en virtud de que la vagina es un medio hostil para el semen de buena calidad. A través de

los otros métodos se busca dar el máximo de oportunidad a los espermatozoides para fecundar el óvulo.²⁸

“La inseminación cervical se practica introduciendo la cánula en el cérvix. Se utiliza sólo una pequeña cantidad de semen que se inyecta lentamente para que no penetre en el útero pues de lo contrario pueden producirse calambres o inflamaciones del endometrio. En ocasiones se utiliza un casquete que se coloca alrededor del cuello uterino para evitar que el semen se escurra. Esta es la técnica más utilizada. Curiosamente el casquete fue recomendado el siglo pasado como un método anticonceptivo, mientras que hoy se utiliza para favorecer la concepción.”²⁹

“La inseminación intrauterina se practica colocando la cánula a media distancia de la cavidad uterina. La inyección de semen debe ser mínima para no producir calambres y dolores agudos. Además hay que tener en cuenta que existe posibilidad de introducir un número mayor de espermatozoides anormales de los que naturalmente llegan al útero. Por ello es aconsejable cernir el semen antes de practicar la inseminación.”³⁰

El trasplante de embrión es una variante de la inseminación heteróloga que se utiliza cuando la fecundación no puede llevarse a cabo naturalmente en

²⁸ MAILLET, More, De los Bebés de probeta a la Biología del Futuro 2ª. Edición, Edit. Siglo XXI, México, 2000 P. 341.

²⁹ Idem p. 342

³⁰ Idem p. 347

una mujer que, sin embargo, puede gestar al producto. Consiste en inseminar artificialmente a una mujer distinta llamada *donante* (por lo general con el semen del cónyuge de la primera); aproximadamente a los 5 días de que la fecundación ha tenido lugar, cuando el embrión ha entrado al útero, pero no ha anidado aún, este es recolectado por medio de un procedimiento llamado lavado y posteriormente, se transplanta al útero de la primera mujer, llamada *receptora*.

El lavado se lleva a cabo introduciendo un catéter a través del cérvix de la donante para bañar cuidadosamente las paredes del útero con un líquido nutriente. El embrión, que aún no se ha adherido a la membrana uterina, es arrastrado por el líquido y recogido por el mismo catéter. Una vez que se ha recolectado el embrión, se coloca en otra solución y mediante un segundo catéter se introduce en el útero de la receptora, en donde con suerte anidará comenzando de hecho un segundo embarazo.

La técnica no es recomendable puesto que las posibilidades de que el embrión anide en el útero de la mujer receptora no son muy altas debido al trauma que sufren tanto el embrión como el propio útero de dicha mujer, aunque el lavado se practique con mucho cuidado. Por otro lado el lavado tampoco garantiza la recolección del embrión, de manera que hay altas posibilidades de que se produzcan embarazos no deseados en las mujeres que se presentan a fecundar los gemelos.

“La fecundación in vitro y transferencia de embrión (FIVTE) es el procedimiento terapéutico mediante el cual el óvulo y el espermatozoide se fecundan externamente en una caja de Petri, bajo condiciones de laboratorio para la posterior transferencia del embrión resultante al útero de la mujer.”³¹

La fecundación in vitro y transferencia de embrión se realiza por ciclos que consisten de cuatro pasos coordinados por un equipo de especialistas, conformado por un cirujano, un ginecólogo, un endocrinólogo especializado en reproducción y un embriólogo además de enfermeras y técnicos en esta área.

El primer paso es la estimulación del ovario para la obtención de óvulos maduros. Originalmente la FIVTE se realizó por óvulos obtenidos en ciclos espontáneos pero mas tarde se descubrió que el ovario podría ser estimulado a base de hormonas para producir una super ovulación. Frente a la producción de un solo óvulo en un ciclo normal, el promedio de óvulos maduros que se obtiene por paciente a través de la estimulación artificial del ovario es de 5.8 y puede llegarse a obtener hasta 17 óvulos maduros.

En esta etapa se analizan y evalúan los óvulos para cerciorarse de que están maduros, lo cual se determina en función de los niveles hormonales en la sangre y en el tamaño de los folículos observados a través de un laparoscopia o bien por ultrasonido.

³¹ DE LA FUENTE, Juan Ramón. La inseminación artificial y la salud en México. 3ª. Edición. Edit. UNAM. México. 2001. P. 37

La segunda etapa del proceso es la recuperación de los óvulos. La recuperación de los óvulos se prepara mediante la inyección de hormona luteinizante que estimula el rompimiento del folículo. Los médicos deben tener cuidado de no practicarla antes de tiempo para no recoger óvulos inmaduros. De acuerdo con algunos investigadores, las posibilidades de embarazo aumentan si los óvulos son recolectados dentro de las 3 o 4 horas siguientes a que han madurado totalmente.

"Hay diversas técnicas para la recolección de los óvulos pero las dos más comunes son las que emplean el laparoscopio y el ultrasonido como guías. En el primer caso, se practica una delicada operación bajo anestesia general. Los cirujanos introducen en el abdomen un laparoscopio que tiene un diámetro aproximado de 8 milímetros para observar el folículo y guiar una larga aguja hueca que se introduce a través de una segunda incisión, o bien a través de la vagina, para succionar los óvulos y el líquido que los rodea. En el segundo caso, se utiliza ultrasonido para guiar la aguja hacia los folículos. Este último procedimiento puede practicarse bajo anestesia local y es menos costoso pero también menos confiable".

Un embriólogo examina el líquido extraído bajo el microscopio para cerciorarse de que contiene los óvulos maduros. Estos son lavados con mucho cuidado y depositados en cajas de Petri que contienen un medio de cultivo a base de nutrientes y se depositan en una incubadora a la temperatura corporal por un

periodo de 8 horas. Si los óvulos recolectados están inmaduros pero son fecundables, el tiempo de incubación deberá extenderse hasta 36 horas, por el contrario, si están postmaduros la fecundación debe practicarse tan pronto se haya recolectado. En caso de que los óvulos hayan empezado a degenerarse habrá que desecharlos.

Es muy importante controlar la temperatura, humedad, niveles de bióxido de carbono, calidad del aire, acidez (pH) del ambiente así como la del medio del cultivo, entre otros factores, puesto que los óvulos son extremadamente sensibles y pueden perder viabilidad. También deben considerarse los parámetros fisiológicos y bioquímicos del medio de cultivo para optimizar las probabilidades de fecundación. Estos factores también afectan al embrión, de manera que debe tenerse un control muy estricto.

Los espermatozoides previamente recolectados de igual manera que para la inseminación artificial, también se prepararán en una solución especial. La preparación de estos es muy delicada puesto que se requiere de ellos una ausencia de líquido seminal. Es muy importante hacer un análisis de los espermatozoides para evaluar la morfología, concentración, motilidad, viscosidad, así como la presencia de bacterias entre otras características, ya que no hay barreras naturales que detengan a los espermatozoides de una mala calidad. Cuando el semen es de mala calidad, se ciernen los espermatozoides para seleccionar los mejores.

"El tercer paso es la fecundación. El semen preparado se agrega a las cajas de Petri que contienen los óvulos. La fecundación se lleva a cabo dentro de las 24 horas siguientes. El porcentaje de fecundación de los óvulos recolectados por los dos métodos anteriores es de 80%. Si la fecundación no se logra y el semen es de buena calidad, es conveniente obtener una segunda muestra, pero si el semen es de mala calidad, la segunda muestra puede contener espermatozoides de aun menor calidad, por lo que es preferible intentar una reinseminación con la misma muestra de semen. El embrión que empieza a dividirse, se incuba por un periodo de 48 a 72 horas para conservar su desarrollo previo a su implantación.

El último paso del proceso es la transferencia del embrión al útero de la madre. Esta es una de las etapas menos estudiadas en la fisiología reproductiva. sin embargo no debe descuidarse puesto que no todos los embriones obtenidos son normales ni el útero de todas las mujeres es igualmente receptivo de manera que debe evaluarse por separado la viabilidad del embrión y la receptividad del útero de la mujer en cuestión".³²

La transferencia del embrión se realiza con catéteres que se adaptan a una jeringa que contiene el medio de cultivo con el embrión. El catéter se introduce por la vagina, a través del cervix, hasta el útero y el embrión se inyecta en él. Es muy importante la habilidad de la persona que realiza la transferencia del embrión puesto que debe practicarse con el mínimo de trauma tanto para el recipiente

³² COHEN, León, Op. Cit. P. 139

como para el embrión para que aumente las posibilidades de anidación ya que el útero no acepta fácilmente cuerpos extraños, cuando los hay, se contrae y trata de expulsarlos.

La anidación es uno de los obstáculos más difíciles de vencer en este procedimiento. Aún en parejas fértiles se estima que un tercio de todos los embarazos se pueden antes de que se sepa que han ocurrido justamente porque el embrión no anida. En las clínicas exitosas de FIVTE, el porcentaje de éxito no es superior al 20 o 25%.

Si no se logra el embarazo en el primer ciclo pueden intentarse ciclos adicionales que son mas sencillos y mas costosos que el primero ya que los embriones no utilizados en el primer intento pueden congelarse y conservarse en nitrógeno líquido, sin que se requiera de una nueva recolección. Aproximadamente de 30 a 50% de los embriones no sobreviven al descongelamiento, pero los que sobreviven tienen mejores oportunidades de anidar pues la mujer ya no es tratada con hormonas y ha tenido tiempo para recuperarse del trauma de la operación mediante el cual se recolectan los óvulos. No obstante las probabilidades de un embarazo decrecen rápidamente después del cuarto ciclo.

Por otro lado, se ha visto que la transferencia de mas de un embrión aumenta el porcentaje de embarazos. Las probabilidades aumentan cuando se transfieren 2, 3 y hasta 4 embriones a la vez (hasta 38% de posibilidades de éxito con 4 embriones) pero el porcentaje de embarazos no se modifica con mas de 4,

sin embargo también aumentan las posibilidades de embarazos múltiples y consecuentemente, los riesgos normales que estos presentan.

A pesar de que la fecundación por este método tiene un 80% de posibilidades de éxito, el embrión solo tiene 25% de probabilidades de anidar y desarrollarse en el útero de la madre y aún cuando llegue a anidar, siempre existe la posibilidad de aborto espontáneo, que en los casos de FIVTE, es ligeramente superior al de los embarazos normales.

“La transferencia intratubaria de gemelos (TIG) es pues, un procedimiento quirúrgico mediante el cual se colocan el óvulo y el espermatozoide en la tuba uterina, para que la fecundación y la anidación del embrión se lleven a cabo de manera natural es decir *in vivo*.”³³

Este procedimiento imita los procesos fisiológicos de la reproducción y asegura la fecundación puesto que maximiza el número de calidad de los gemelos en la tuba. G.I. Capitanio dice que “es correcto utilizar todo el conocimiento científico lo estrictamente esencial para salvar problemas específicos con el mayor respeto posible a una estructura de naturalidad”. La TIG conjuga, pues una manera adecuada de resolver problemas de infertilidad, pero son respecto a los momentos biológicos que caracterizan a los fenómenos de la reproducción.

³³ BLANCO CORREA, Jorge. Op. Cit. P. 113

La técnica de la TIG es muy similar a la de la FIVTE, la reproducción y preparación de los gemelos se realiza de la misma manera y los gemelos se transfieren a la tuba mediante cirugía laparoscópica o con ayuda de ultrasonido con la diferencia de que la fecundación sucede naturalmente. Para ello, no obstante, es necesario que la mujer tenga cuando menos una tuba en buen estado.

El primer embarazo o parto normal obtenido a través de este procedimiento fue en 1984. El porcentaje de éxito que se ha registrado es hasta tres veces superior al de la FIVTE. Los científicos atribuyen esto a la manera como el embrión entra al útero. En la FIVTE el embrión se inyecta violentamente en el útero, el cual también ha sido tratado severamente por las hormonas que la mujer ha recibido para estimular la producción de óvulos y para facilitar su recolección. En contraste en la TIG, el embrión contra el útero tranquilamente, de la manera como lo haría en el proceso natural.

La transferencia intratubaria de cigoto (TIC) conocida por sus siglas en inglés ZIFI es un procedimiento también desarrollado por Asch y su equipo de científicos, es una variante de la FIVTE que consiste en transferir el embrión (o cigoto) fecundado in vitro directamente en la tuba uterina para que la anidación se lleve a cabo de manera natural. Al igual que la TIG, los resultados han sido sorprendentes, también se han registrado porcentajes de éxito dos y tres veces superiores a los de la FIVTE.

Estos tres últimos procedimientos, sin embargo, no son alternativos, sino complementarios. Se dirigen a patologías distintas.

"Recientemente se han desarrollado dos métodos mas para el tratamiento de la infertilidad que vale la pena apuntar, la microinyección y la perforación de zona pelucida".³⁴

El primero surgió como resultado de los esfuerzos para impulsar los espermatozoides que carecían de la capacidad de penetrar la membrana externa del óvulo a zona pelucida. Consiste en la inyección de un solo espermatozoide directamente en la membrana interna del óvulo mediante una aguja microscópica.

Con motivo de los experimentos anteriores, dirigidos por el Dr. Jaques Cohen se observó que los embriones resultantes de la fecundación de óvulos cuyas membranas habían sido perforadas, anidaban con mayor facilidad en la pared del útero. El porcentaje de anidación es cinco veces superior al de la FIVTE.

De esta manera se desarrolló el procedimiento conocido como la perforación de zona pelucida, que consiste en hacer un pequeño orificio en la membrana externa de un óvulo, antes de mezclarlo con los espermatozoides. Una vez que la fecundación se ha logrado, el procedimiento de implantación es básicamente igual.

³⁴ Idem. P. 231

CAPITULO 2

MARCO LEGAL DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA EN NUESTRO PAÍS

El capítulo que a continuación exponemos tiene vital importancia en razón del auge que está cobrando en algunos países la fecundación asistida, incluso en el nuestro, razón por la cual, consideramos que es importante que al respecto exista una adecuada regulación del tema ya que como se ha mencionado, la tecnología médica para tal método ya se está practicando en nuestra nación, máxime que hay personas que la están utilizando como método terapéutico para poder tener hijos ante la imposibilidad física de uno o de ambos cónyuges de procrear de manera natural, por lo tanto, creo que la práctica de la fecundación asistida se aumentará en nuestro país conforme sus habitantes se vayan acostumbrando a éste tipo de concepción.

La fecundación asistida en todas sus modalidades trae consigo algunas connotaciones de carácter jurídico, las cuales están vinculadas íntimamente con los más altos valores del ser humano como pueden ser la vida, la salud, el parentesco, o bien, los derechos y obligaciones inherentes al hombre, por ello es importante que los legisladores analicen las posibles consecuencias que trae consigo la fecundación asistida, para que al legislar regulen adecuadamente los problemas que se pueden presentar, con el fin de que no haya lagunas al respecto y se eviten las posibles situaciones que ya se están suscitando en diversos países incluyendo el nuestro.

Existen algunos casos a los que se hará referencia a continuación, tales como la donación de embriones, que es uno de los problemas fundamentales que plantea la fecundación in vitro (FIVTE), como ejemplo citaré el caso de los esposos Ríos.

Mario Ríos y su esposa Elisa, millonarios chilenos, no pudiendo tener hijos por medios naturales, se dirigieron al Dr. Karl Wood, en Melbourne, Australia. Allí se llevó a cabo el método de fecundación in vitro con óvulos de Elisa y espermatozoides de su marido Mario. De los embriones así obtenidos, algunos habían sido transferidos sin éxito al útero de Elisa, pero otros embriones, congelados, estaban a la espera de ser implantados.

La pareja encontró la muerte en un accidente de aviación dejando una herencia de dos millones de dólares.

Los juristas australianos se preguntaban sobre los derechos patrimoniales del matrimonio Ríos y sobre los embriones congelados ¿a quién pertenecían?, ¿podían ser reimplantados en el útero de una mujer estéril?. En caso afirmativo, ¿cómo se escogería a ésta? ¿De qué filiación gozarán? ¿Se conservarían o se destruirían los embriones?, etc.

En virtud del número de preguntas que se plantearon al respecto, el Parlamento australiano votó un texto de ley que autorizaba a toda mujer estéril a adoptar embriones. Pero, teniéndose en cuenta la afluencia de demandas para

adoptar aquellos embriones (huérfanos pero millonarios), se enmendó la ley previendo que la adopción de embriones implicaba la renuncia de los adoptantes a toda prerrogativa de orden familiar referente a ellos.

Considero con respecto al ejemplo anterior, que las mujeres estériles si tienen derecho a solicitar se les implante en su vientre un embrión que por alguna causa haya quedado sin la posibilidad de ser implantado en el útero de su verdadera madre.

Estoy de acuerdo en que la adopción de dicho embrión, implica la renuncia de los futuros padres a todos los derechos familiares que pudieran tener los embriones, ya que en este caso se busca que la mujer realice uno de sus principales anhelos, como es el de la maternidad, sin que intervengan intereses materiales que deformen ese anhelo, aunque puede darse el caso que se viole el secreto del donador, y de esta forma se establezca una filiación entre el padre o la madre natural y el hijo, y por lo mismo en dicho caso tendrá derecho a heredar respecto de su patrimonio, lo anterior siempre y cuando se den algunos supuestos como lo es el caso en que sea desconocido por sus padres legales, el hijo nacido por fecundación asistida de igual forma cuando sea abandonado al momento de nacer.

En cuanto a la maternidad delegada, se encuentran algunas variantes como el del niño nacido con una malformación, que fue rechazado tanto por la madre

delegada como por la pareja que la contrató y los médicos no sabían a quien pedir permiso para realizar las operaciones que el niño requería con urgencia.

“El caso de Mary Whitehead: el conflicto comenzó cuando los Stern acudieron a una agencia que se encarga de poner en contacto a matrimonios que desean hijos y a posibles madres. Estos llegaron a un acuerdo con Mary Beth, aceptó ser inseminada artificialmente y mantuvo estrecho contacto con los Stern a lo largo del embarazo. Sin embargo, Mary Beth se negó a entregar la criatura que tuvo por encargo, amparándose en que el padre podría ser en realidad su marido y no el hombre de quien fue inseminada artificialmente.”³⁵

Para evitar situaciones como la anterior, considero que sería conveniente que se legislara en el sentido, de que la madre delegada pueda ser una mujer soltera o casada y en cualquiera de los dos casos, no deben convivir con su pareja, es decir, deben abstenerse sexualmente aproximadamente treinta días, tiempo necesario para poder establecer si la mujer está embarazada por la fecundación asistida.

“Así pues, la madre delegada debe asumir la responsabilidad que acepta desde el momento en que es contratada como madre incubadora, la de llevar a buen término el embarazo y, al final de éste, entregar al producto de la concepción

³⁵ LÓPEZ MORTALLA, Natalia. Experimentación en fetos Humanos. 2ª edición, Edit. Brus. España. 1999. p. 208.

a la pareja contratante, aunque como se explica en el siguiente capítulo dicho contrato carezca de validez conforme a nuestro derecho vigente.³⁶

Se puede observar que existe un sinnúmero de problemas relacionados con la fecundación asistida, ya que crean no sólo polémicas científicas y morales sino también de índole judicial, por lo tanto, es conveniente que nos preocupemos por actualizar nuestras leyes, para evitar los problemas que se están presentando en la actualidad en nuestro país y en el extranjero.

En relación con México, la fecundación asistida no está suficientemente legislada, y en virtud de que la demanda de esta técnica aumenta cada día, se crean diversos conflictos, tanto en el ámbito del Derecho Civil como en el Derecho Penal, más aun en éste, ya que ni a la analogía se puede recurrir, para castigar determinados hechos que no están tipificados en la ley. En cuanto a esto, se pueden presentar diversas situaciones con el uso de la fecundación asistida que se podrían configurar como delitos, como es el caso de la violación del secreto del nombre del donador, ya que conforme a la Ley Penal vigente no está considerado como tal.

Con relación al Derecho Civil, en especial al derecho de familia, que es lo que se está tratando en esta investigación, se observa que la fecundación asistida, tiene consecuencias directas respecto de la paternidad, filiación, matrimonio, concubinato y divorcio e indirectas sobre el derecho sucesorio.

³⁶ Ibidem, p. 209.

Las nuevas técnicas de reproducción humana, que han tenido un auge en las últimas cinco décadas, presentan una compleja problemática, debido al desconocimiento que hasta hace unos años se tenía de éstas y, principalmente por la carencia de un Código Civil actualizado que contemple todo lo relacionado con el presente trabajo, es decir, de la fecundación asistida.

En nuestro país la fecundación asistida tiene su fundamento legal en principio, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, La Ley General de Salud y su Reglamento, La Ley General de Población y su Reglamento, el Código Civil para el Distrito Federal vigente y el Código Civil Federal.

2.1.- Naturaleza Jurídica de la Fecundación asistida y sus consecuencias jurídicas.

En lo referente a la naturaleza jurídica del tema que nos ocupa, tenemos que son varias las disciplinas jurídicas que lo contemplan, pues es sabido que al tratarse de un derecho inserto en el texto del artículo cuarto constitucional, podemos afirmar que se trata de una garantía individual y más aún de una garantía social, es decir, es inherente a la persona aún cuando la posible afectación de este derecho se diera en la vida de pareja. Como es de saberse uno de los principales objetivos que persigue una pareja al unirse en matrimonio, es el de procrear y perpetuar la especie. Para ello cuentan con la planeación

familiar, así como el uso de los diversos métodos de la fecundación asistida, como un derecho que involucra a ambos como pareja.

Ahora bien, tenemos que la Ley General de Salud y su Reglamento también incorporan en diversos artículos el derecho de la pareja a planear la familia, o en su defecto, el derecho que les asiste para hacer uso de los avances científicos y tecnológicos que en materia de fecundación asistida se han dado. No obstante lo anterior, puede afirmarse que aun cuando los ordenamientos citados mencionan lo que es planeación familiar, así como inseminación artificial, ninguno de ellos tiene una reglamentación detallada respecto de las circunstancias y condiciones en que tales métodos deberán de ser usados por la pareja que lo solicite.

“Podemos percatarnos que las leyes no están siempre redactadas de manera clara y precisa, y no han podido preverse todas las situaciones que se presentan en la práctica, de ahí resulta que hay para el jurista, muchos puntos oscuros y controvertidos, más aun con los avances científicos que se presentan constantemente, como lo son los relacionados con la fecundación asistida; por tanto, los autores tiene por misión poner soluciones para esas dificultades. Pero hay que recordar que la doctrina no representa ningún valor jurídico, sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas.”³⁷

³⁷ FLORES, Fernando y CARBAJAL, M. Gustavo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, 10ª edición. Edit. Porrúa, México, 2000. p. 53.

A efecto de evitar estos problemas a la pareja usuaria de los métodos de planeación familiar, así como de la fecundación asistida, considero necesaria la reglamentación específica y propia para el uso de los métodos de la fecundación artificial.

“En la doctrina mexicana con una clara visión futurista, se ha planteado la dogmática jurídica de éstos nuevos métodos de procreación, por ejemplo, desde el punto de vista del derecho sucesorio, en donde se ha desarrollado el tema de la sucesión del hijo producto de una inseminación artificial.”³⁸

Una vez expuesto lo anterior, puedo concluir que en México como en todo el mundo, se requiere una constante actualización de los ordenamientos jurídicos a fin de incorporar a ellos no sólo los avances de orden científico y tecnológico que puedan dar apoyo al individuo o a la pareja cuya problemática se relacione con la planeación familiar, o el empleo de métodos de fecundación asistida, sino además deben preverse las causas, condiciones y circunstancias bajo las cuales podrá hacerse uso de ellos.

Puede apreciarse que los métodos de fecundación se hallan en una etapa prelegal, pues aunque algunas leyes los mencionan; ninguna de ellas los regula de manera específica.

³⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio, el pecuniario, y el moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio. 7ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 661.

El reconocido maestro Ignacio Galindo Garfias expresa su opinión acerca de la esencia jurídica de la fecundación asistida en estos términos:

“Las consecuencias de la procreación asexuada, la tecnología y la bioquímica permiten la realización del acto sexual sin la procreación y a la vez, han abierto la posibilidad de la procreación sin conjunción carnal.”³⁹

Puede haber casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico paterno-filial, cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio y no se puede determinar quién es el padre. Pero no se da en nuestro derecho el caso contrario, siempre que haya un vínculo jurídico conyugal, existirá la presunción de una relación biológica que sustente la filiación jurídica.

“La posibilidad de procreación sin contacto sexual y por lo tanto, sin que exista vínculo de ninguna especie entre el varón que proporciona el semen fecundante y la mujer que aporta el óvulo a fecundar, impone la revisión del concepto de parentesco consanguíneo como nexo jurídico de los miembros de la familia que como se sabe se define como la relación de derecho que une a todas las personas que descienden de un tronco común. Ocurre que en el parentesco natural o extramatrimonial, si uno de los parientes ha sido procreado por fecundación asistida, se desarticula la relación de parentesco o cadena de generaciones en los que toca a una de las ramas (la paterna).

³⁹ Idem, p. 680.

Parece entonces que el efecto en cuanto al parentesco será el que éste únicamente podría establecerse en el caso de la inseminación heteróloga a través de la rama materna. Sólo eventualmente podría establecerse el parentesco real por la rama paterna.⁴⁰

Las anteriores consideraciones generales del maestro Galindo Garfias sobre las implicaciones de la ciencia biomédica en el derecho, tiene por objeto situar el tema que se trata en la presente investigación, en la perspectiva que tendrá en su desarrollo para ponderar sus consecuencias en la realidad jurídica, de acuerdo con el estado actual de la legislación civil en México, conforme a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, que se citarán en el desarrollo del presente trabajo.

Dentro de lo que se conoce como ciencia biomédica, quedan comprendidas todas aquéllas manipulaciones que se llevan al cabo en el proceso fisiológico de la fecundación y de la gestación, y las que se efectúan en la ingeniería cromosómica del núcleo vital, la manera de intervenir en la modificación artificial de la conjunción de gametos masculino y femenino y en general, todas aquéllas intervenciones en el proceso de la fecundación y el desarrollo del embrión.

Estas intervenciones biológicas o biomédicas prenatales, afectan necesariamente como ya se dijo a las relaciones de parentesco y a la estructura

⁴⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Segundo Curso de Derecho Civil. 10ª edición. Edit. Porrúa. México, 2009 p. 75.

de la familia y acarrear consecuencias psicológicas y sociales que se reflejan en el ámbito en los más variados aspectos.

Será suficiente referirse sólo a algunas de aquéllas consecuencias jurídicas que se proyectan en las relaciones de familia, partiendo del momento de la concepción o fecundación, pasando por el periodo de la gestación que conducen a la paternidad y maternidad, desde el punto de vista biológico y jurídico.

Dejemos de lado los problemas que suscita el aborto, el embrioncideo, la embrioterapia, la experimentación con embriones, etc., que deben ser examinados fundamentalmente en estudios realizados desde el punto de vista delictivo y de la deontología médica.

2.2.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El fundamento jurídico de la fecundación asistida, lo encontramos principalmente como ya lo mencionamos líneas arriba, en el artículo cuarto constitucional en el segundo párrafo, el cual fue adicionado y reformado según Decreto Presidencial publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, el cual dispone.

"Artículo 4º.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsables e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos..."

El párrafo anterior contiene el derecho individual, la garantía de libertad que tiene toda persona de procrear y, como derecho social, la planeación familiar; derecho que es otorgado a cada persona, por lo que se le considera, asimismo un derecho natural.

La planeación familiar puede definirse como:

"Un derecho humano fundamental, una libertad individual por medio del cual las personas pueden decidir de una manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; obtener la información especializada y los servicios idóneos para ese fin."⁴¹

Las personas tienen derecho a decidir de manera libre, es decir, sin presión externa; sin coacción de otra persona o del Estado, sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Pero esta decisión debe tomarse de manera informada, entendiéndose por esto que debe ser con conocimiento propio. Para eso, las personas deben tener previamente acceso a la información, a la educación, a la capacitación, a los servicios que implica la información, y ser responsables, esto es, que sean conscientes de su derecho a decidir.

⁴¹ GASTELUM GAXCULA, Ma. De los Angeles. Agenda de Derechos y Obligaciones de la mujer. 4ª edición. Edit. Consejo Nacional de Población, México, 1999. p. 208.

Como se puede observar, este artículo contiene la garantía individual, el derecho de toda persona a la planeación familiar, por lo cual éstas tienen derecho a procrear; por tanto, este precepto es la base legal para que una persona pueda hacer uso de los modernos métodos de fecundación asistida, para lograr la paternidad o la maternidad.

Este artículo al conceder el derecho de planeación familiar, deja entreabiertas dos posibilidades:

“En primer término, para la pareja, la opción de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos que desean tener, o bien, no tenerlos, y en segundo lugar, en caso de que la pareja sea infértil, puede considerar como factible la utilización de los diferentes métodos de fecundación asistida, para lograr la procreación; y es sobre este supuesto que se desarrolló el presente trabajo.”⁴²

2.3.- Ley General de Salud y su Reglamento

Después de analizar el segundo párrafo del artículo cuarto constitucional, en el que se presentan diversas alternativas con relación al posible uso de los distintos métodos de fecundación asistida, encontré también que existen algunos otros ordenamientos jurídicos de menor jerarquía, en los cuales se contempla el

⁴² Idem, p. 210.

derecho a la planeación familiar, así como el uso de los distintos métodos de fecundación asistida.

La Ley General de Salud, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, y entró en vigor el primero de julio del mismo año.

En el Título Primero, Disposiciones Generales, Capítulo Único expresa:

Artículo 2º.- El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- VII El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

En este precepto puede observarse la atención del legislador para proteger la vida del ser humano, buscando que ésta se desarrolle de manera óptima. Para tal efecto se permite la aplicación de la investigación científica y tecnológica para la salud tal como se lee en la fracción VII del citado artículo.

El artículo 3º se refiere a la planificación familiar, el cual estipula que:

Artículo 3º.- En los términos de ésta ley, es materia de salubridad general:...

V. la planificación familiar

En el Título Tercero, del Capítulo VI referente a la prestación de servicios de salud, nos dice que:

Artículo 67: "La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Los servicios que se presten en la materia constituye un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, con pleno respeto a su dignidad."

Este precepto, especifica también el derecho a la planeación familiar, es decir, el decidir de manera libre y responsable el número de hijos que la pareja desea procrear. Empero, en la primera parte del artículo se incorpora la idea de prioridad respecto de los menores y adolescentes, a efecto de informarlos acerca de la planeación familiar, tal prioridad se entiende en función de que los adolescentes forman al llegar a la edad adulta una familia, para ello este precepto encuentra su relevancia en la preponderante necesidad de concientizar a la juventud de las responsabilidades que conlleva la planeación y formación de una familia.

El artículo 68 nos indica que:

"Los servicios de planificación familiar comprenden:

- I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con

base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo Nacional de Población.

- II. La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar,
- IV El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana;

Considero este artículo, como uno de los de mayor importancia con relación a mi investigación, pues en su fracción IV menciona que entre los servicios que comprende la planificación familiar, se hayan el apoyo y fomento a la investigación biológica de la reproducción humana y no tan sólo van a apoyarla, sino que fomentan el estudio de ésta y de la planificación familiar.

Ahora bien, en el Título Quinto, que trata sobre la investigación para la salud, se pueden enumerar algunos artículos cuya finalidad es brindar protección al ser humano, así tenemos:

Artículo 96.- "La investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

1. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos."

En este precepto queda establecida la importancia, de la investigación de los procesos biológicos y psicológicos del ser humano, como factores determinantes de la calidad en la Salud.

La Ley General de Salud al establecer protección a la vida humana desde su inicio; aunque no define cuando se inicia la misma o bien que es la concepción.

Esta ley protege al ser humano durante su vida y principalmente cuando se trata de hacer investigaciones en el cuerpo del mismo, al efecto los artículos siguientes expresan que:

Artículo 100. "La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

- I. Deberá adoptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación;
- II. Podrá efectuarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;
- III. Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no se expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;
- IV. Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación;

- V. Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud, en instituciones médicas que actúen bajo vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;
- VI. El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación;

El citado artículo tiene como características proteger al individuo en todas aquéllas cualidades de su ser, asimismo, permite a la pareja infértil utilizar algunos de los diferentes métodos de fecundación asistida siempre que no haya riesgos para la misma.

En lo que respecta a órganos y tejidos establece que:

Artículo 327: "Cuando el consentimiento provenga de una mujer embarazada, sólo será admisible para la toma de tejidos con fines terapéuticos si el receptor correspondiente estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción."

Es claro este artículo al reconocer que el producto de la concepción, el embrión o feto, no es un órgano más de la madre, sino que tiene una entidad propia, es otro ser humano, que por razones biológicas depende de la madre para sobrevivir, sin que esa dependencia anule la individualidad. Considera que no es lo mismo la salud de la madre que la del producto, ya que biológicamente son dos

personas distintas y puede darse el caso de que se afecte la salud del feto sin afectar la salud de la madre y viceversa, lo cual no podría suceder si se tratara de una sola persona.

Por otra parte, en el Título Decimoctavo de esta Ley, denominado "Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos"; en el Capítulo VI "DELITOS" se refiere a la inseminación artificial, en el artículo 466 que dispone:

"Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge".

Como se puede observar, esta ley se refiere a la fecundación asistida, sólo en el supuesto de que constituya un delito, pero no especifica los casos en que se puede llevar a cabo, ni los métodos que puedan realizarse y con respecto a la mujer casada, esta necesita el consentimiento de su cónyuge para ser inseminada.

El Reglamento de la Ley General de Salud aplicable al tema objeto de nuestro estudio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el seis de enero

de mil novecientos ochenta y siete, entrando en vigor el siete de enero del mismo año; es un instrumento jurídico protector de la vida y la dignidad humana.

Al respecto el artículo 40 nos expresa lo siguiente:

Artículo 40: "Para efectos de este reglamento se entiende por:

XI. Fertilización asistida: Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga), e incluye la fertilización in vitro.

En este artículo puede observarse que ya se contempla la posibilidad de utilización de los métodos de fecundación asistida.

Con relación a la fracción XI del artículo anterior, el artículo 56 del mismo reglamento añade:

Artículo 56: "La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si este difiere con el del investigador."

"Este artículo establece el momento y las circunstancias en que la pareja puede hacer uso de los métodos de fecundación asistida. A saber, para el tratamiento de la esterilidad. Al respecto considero atinado dicho artículo aunque en forma parcial, ya que establece que se respetarán los puntos de vista moral, cultural y social de la pareja no haciendo referencia a la religión y como sabemos

en nuestro país la mayoría somos creyentes, ya que existe la libertad de creencias religiosas, además debe establecer que se autoriza solamente a parejas unidas en matrimonio o en concubinato, que tengan como mínimo dos años de vida en común.⁴³

Lo anterior en virtud de que imaginemos qué pasaría si se autoriza la aplicación de cualquier método de reproducción asistida, a personas que no siendo estériles, desean tener un hijo con ciertas características, o simplemente porque la mujer considera que si tiene un hijo con su marido heredará la apariencia física de éste, y ella lo quiere más atractivo e inteligente, por citar un ejemplo. Ahora con lo que respecta a las personas que se les debe de autorizar la práctica de la fecundación asistida, qué resultado tendríamos si se les autoriza por ejemplo, a homosexuales o a lesbianas; ¿nacerá el niño en una familia adecuada para su pleno desarrollo psicológico y social?. Considero que no y por lo mismo, propongo que sólo se autorice a parejas unidas en matrimonio o en concubinato.

La evidente exterioridad del derecho dificulta la apreciación de intenciones. La moral, como conjunto de principios rectores de la conducta que adecuen ésta a la naturaleza del ser humano, no es un hecho susceptible de apreciación, menos aún si se pretende que la moral varíe de pareja a pareja.

⁴³ GASTELUM GAXIOLA, Ma. De los Angeles. Op. Cit. p. 161.

La incipiente legislación sobre la fertilización asistida (como la llama el mencionado reglamento), demuestra el poco conocimiento que se tiene respecto de las teorías de la fecundación asistida, en cualquiera de sus formas.

“En este sentido el proyecto de recomendaciones redactado por el Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI), en Estanburgo con fecha cinco de marzo de mil novecientos setenta y siete, expresa en sus primeros artículos que:”⁴⁴

Artículo 1. “Las presentes normas son aplicables a la inseminación artificial sólo de una mujer con el esperma de un donante anónimo.”

Artículo 2.1. “La inseminación artificial sólo puede ser practicada cuando existen condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del futuro niño.”

Artículo 2.2. “La inseminación artificial debe practicarse siempre bajo la responsabilidad de un médico.”

Artículo 3.1. “El esperma de una persona no debe utilizarse en vista de una artificial sin su consentimiento.”

⁴⁴ Idem. P. 163.

Artículo 3.3. "El médico responsable de la inseminación debe vigilar para que los consentimientos sean dados de forma tácita y expresa."

Artículo 6.2. "La persona o el organismo público o privado que ceda esperma para inseminación artificial, no deberá hacerlo con la finalidad lucrativa."

Artículo 7.1. "Cuando la inseminación artificial ha sido practicada con el consentimiento del marido, el niño será considerado como hijo legítimo de la mujer y de su marido."

Artículo 7.2. "Ningún lazo de filiación entre el dador y el niño concebido por inseminación artificial puede ser establecido."

El último artículo menciona que no puede establecerse ningún tipo de filiación entre el donador y el hijo, estoy de acuerdo con ello, pero creo que debe tener derecho a investigar su filiación cuando se viole el secreto del nombre del donador y se cumplan además los siguientes supuestos: a) que sea abandonado al momento de nacer y b) cuando sea desconocido por sus padres legítimos. Esto en virtud, de que no es justo dejarlo sin la oportunidad de tener padres, ante la presencia de los supuestos arriba mencionados. Además, creo que es un derecho natural inherente a toda persona, el tener padres.

De igual forma, el mismo Comité, recomienda que:

Si las condiciones relevantes establecidas se han satisfecho, no es posible establecer una relación filial entre el donador de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial con el propósito de promover la integración del niño en la pareja. Sin embargo, debe hacerse notar que esta limitación está sujeta al cumplimiento de las condiciones esenciales diseñadas. Por lo tanto, se pretende reforzar la aplicación de estas condiciones al promover como sanción la posibilidad de establecer la filiación y la obligación de manutención (respecto del donante).

En virtud de lo anterior, considero que es conveniente hacer nuestras las anteriores recomendaciones e incluirlas en el Código Civil en un Capítulo especial al lado de todas las normas que se establezcan acerca de la filiación. En virtud de ser dicho ordenamiento el adecuado para regular no sólo respecto de las consecuencias de la fecundación asistida. Creo que el Reglamento de la Ley General de Salud, también debe determinar los procedimientos higiénicos, chequeos, interrogatorios y sobre los antecedentes familiares de los donantes para detectar en lo posible, y de esta manera evitar problemas hereditarios, enfermedades crónicas o incurables, etc.

2.4.- Ley General de Población y su Reglamento

La presente ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el siete de enero de mil novecientos setenta y cuatro, entrando en vigor el siete de febrero

del mismo año. En el Capítulo Primero, denominado Objeto y Atribuciones, en el artículo tercero dispone:

Artículo 3º. Para los fines de esta ley, la Secretaría de Gobernación dictará y ejecutará o en su caso promoverá ante las dependencias competentes o entidades correspondientes, las medidas necesarias para:

II Realizar programas de planeación familiar a través de los servicios educativos y de la salud pública de que disponga el sector público y vigilar que dichos programas y los que realicen organismos privados, se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias con el objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y naturales del país.

El Reglamento de la Ley General de Población fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y seis.

Este reglamento, en el Capítulo Segundo, en la Sección II trata sobre la planeación familiar. En el artículo 18 nos define a la planeación familiar en los siguientes términos:

Artículo 18: "La planeación familiar es el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos y a obtener la información especializada y los servicios idóneos."

Al efecto los siguientes artículos disponen que:

Artículo 19. "Los programas de planeación familiar son indicativos por lo que deberán proporcionar información general e individualizada sobre sus objetivos, métodos y consecuencias, a efecto de que las personas estén en aptitud de ejercer con responsabilidad el derecho a determinar el número y el espaciamiento de sus hijos.

En la información que se imparta, no se identificará la planeación familiar con el control natal o cualesquiera otros sistemas que impliquen acciones apremiantes o coactivas para las personas e impidan el libre ejercicio del derecho a que se refiere el párrafo anterior.

Artículo 20: "Los servicios de planeación familiar deberán estar integrados y coordinados con los de salud, educación, seguridad social e información pública y otros destinados a mejorar las condiciones de vida de los individuos y de la familia."

Artículo 21. "La información, salud,, educación y demás servicios relativos a los programas de planeación familiar, serán gratuitos cuando sean prestados por dependencias y organismos del sector público."

Artículo 22. "Los programas de planeación familiar informarán de manera clara y llana sobre los fenómenos demográficos y las vinculaciones con la familia con el proceso general del desarrollo e instruirán sobre los medios permitidos por las leyes para regular la fecundidad."

Artículo 23. "La información y demás servicios de planeación familiar atenderán a las circunstancias de cada persona, localidad o región; orientarán sobre las causas de la esterilidad natural y las fórmulas para superarla o incrementar la fecundidad cuando sea escasa."

Artículo 26. "Los servicios médicos, educativos y de información sobre programas de planeación familiar garantizarán a la persona la libre determinación entre los métodos que para regular la fecundación desee emplear, siempre que se haya demostrado que carecen de efectos secundarios graves en los humanos y que no son perjudiciales a su salud o estén prohibidos."

En este Reglamento se encuentran disposiciones diversas a través de las cuales se intenta atender la problemática de la población, referida esta a los programas de planeación familiar, a efecto de orientar a la pareja acerca de los medios que la ley permite para regular la fecundidad.

En términos generales puede decirse que la planeación familiar no sólo se reduce a la utilización de métodos de anticoncepción para lograr el número y espaciamiento de los hijos que se desean procrear sino que puede también

interpretarse como una alternativa para que la pareja con problemas de infertilidad, pueda emplear métodos científicamente válidos para superarla.

2.5.- Código Civiles vigentes para la Federación y el Distrito Federal.

En el Título Quinto, Capítulo III, "De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio", el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

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, 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.

En este precepto, el legislador transcribe el segundo párrafo del artículo cuarto constitucional, y como se puede ver, es clara la intención del mismo el brindar protección jurídica, así como los medios para que toda pareja pueda ejercitar acciones tendientes a hacer valer y/o evitar que les sea coartado el derecho, a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

Por su parte, el artículo 162, que se encuentra dentro del Capítulo III, del Código Civil Federal contiene el texto que correspondía al Código Civil para el Distrito Federal antes de las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo del año 2000, mismo que es del tenor siguiente:

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

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Ello quiere decir que el artículo 162 del presente código aún no contempla la facultad para la pareja infertil de utilizar o emplear cualquier método de reproducción asistida.

Sin embargo, consideramos prudente que la fecundación asistida, deberá contar con el consentimiento expreso del cónyuge o cónyuges, sin esto carecerá de validez cualquier arreglo.

CAPITULO 3

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Lo relacionado a la filiación se regula en nuestro Código Civil para el Distrito Federal en el Título Séptimo, Capítulo Primero en sus artículos 324 al 339 donde se establece todo lo relacionado a la presunción de hijos, la impugnación de los hijos y sus efectos así como las formas de impugnar la paternidad la forma de heredar y más que nada la filiación la define nuestro Código Civil en su artículo 338, como la que existe entre el padre o la madre y su hijo formando el núcleo social primario de la familia, por lo tanto no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros.

De esta forma podemos decir que la ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen. Asimismo puede haber transacción o compromiso en árbitros sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, salvo aquellos casos en que el Código Civil para el Distrito Federal establezca lo contrario.

Después de ésta breve introducción, será oportuno puntualizar lo siguiente.

3.1.- Concepto

El término filiación deriva del latín *filiato-onis*, de *filius*, que significa hijo. El Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia Española, la define como "la procedencia de los hijos respecto de los padres."⁴⁵

El estado de filiación es la especial posición del hijo que ocupa en la familia. De acuerdo con algunos autores, el término filiación tiene dos connotaciones. La primera, amplísima que comprende el vínculo jurídico existente entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, de tal manera que podemos hablar de una filiación en línea ascendente o descendente. Planiol limita este sentido amplio de filiación a la "descendencia en línea recta que comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada con tal o con cual ancestro por alejado que sea."⁴⁶ La connotación estricta, por otro lado, denota exclusivamente la relación inmediata entre los progenitores, es decir, el padre o la madre, con el hijo. Planiol agrega que esta limitación del término se justifica en virtud de que la relación se reproduce idéntica así misma de generación en generación y la define como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es padre o madre de la otra."⁴⁷ Esta situación crea el parentesco en primer grado.

⁴⁵ Diccionario de la Lengua Española, 17ª edición, Edit. Reus, España, 1999. p. 598.

⁴⁶ PLANIOL, Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil. 7ª edición, Trad. de Manuel M. Cajica, Edit. Cajica, Puebla, México, 1982. p. 174.

⁴⁷ Idem, p. 174.

Ahora bien, es incorrecto hablar de un sentido amplio de filiación puesto que a esta relación se refiere precisamente el parentesco (en particular el parentesco consanguíneo en línea recta) institución diversa del derecho de familia, si bien relacionada estrechamente con la filiación. La filiación, por tanto, es el vínculo de parentesco que existe entre el padre o la madre, respecto del hijo, ya que ésta relación toma los nombres de paternidad o maternidad cuando se le considera en cuanto a la persona del padre o de la madre. La filiación constituye la fuente primordial de la familia en tanto que es el parentesco más cercano y más importante. Es, pues, un vínculo de familia derivado del hecho biológico de la reproducción, que se traduce en un conjunto de derechos y deberes determinados por la ley.

La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuáles una es el padre o la madre de la otra.

La Ley se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea), para dar una realización de Derecho entre los progenitores y el hijo. De esta relación se desprenden una serie de deberes, obligaciones y derechos recíprocos.

La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que nadie podrá desconocer, por eso se afirma que la filiación existe siempre en todos los individuos ya que un hijo siempre va a tener un padre y una madre como ley biológica inexorable, cosa que no sucede en derecho ya que no siempre se

obtiene un aspecto jurídico, en ocasiones es difícil de comprobar tanto la paternidad como la maternidad, por carecer de pruebas o las que se tengan no son suficientes.

La filiación está relacionada con el parentesco ya sea en línea recta o colateral de personas que descienden de un tronco común.

Colín y Capitán, dicen que, "es la que resulta de la comunidad de sangre. Es un lazo natural que da origen al parentesco que es creado por la procreación y que en ocasiones es independiente de la voluntad."⁴⁸ En su aplicación al Derecho Civil equivale como ya lo explicamos a la procedencia de los hijos respecto de sus padres y se va a derivar lo que conocemos como maternidad y paternidad.

La responsabilidad que se crea con la procreación es única, sobre todo en los primeros años que exige una permanente atención al hijo hasta que alcanza un desarrollo que permita integrarlo a la comunidad siendo fundamental el amor para este caso.

Las relaciones afectivas e íntimas no son coercibles, sin embargo, eso no impide que el Derecho las contenga como relaciones jurídicas, pues no sólo lo coercible es materia de Derecho.

⁴⁸ CIT. Por GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 619.

La concepción, gestación y nacimiento son hechos naturales del hombre que son tomados en consideración por el Derecho y tienen relación con la paternidad y la filiación. La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que no sólo compete a éstos con los hijos, sino también a la comunidad y al Estado, ya que como lo hablamos con anterioridad puede abarcarse desde un aspecto natural o jurídico.

Como todas las instituciones del Derecho de familia, la filiación tiene una trascendencia moral y patrimonial-económica para la persona y para la familia, ya que de ésta puede depender su nombre, su honor e integración dentro de un grupo familiar; económico, porque de ella se derivan derechos de alimentos y sucesorios.

Siguiendo a Planiol, la filiación "puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados."⁴⁹

Desde el punto de vista jurídico, reconoce la realidad biológica por la que descenden unos y otros, pero no toda filiación biológica es necesariamente jurídica ya que se requiere de ciertos requisitos que marca la ley como puede ser, la derivada del matrimonio o si fuera extramatrimonial, del concubinato.

⁴⁹ PLANIOL, Marcel. Op. Cit. P. 101

Desde el punto de vista del derecho, podemos dividirla de la siguiente forma:

Biológica y como acto jurídico. En la primera división tenemos dos grupos que se refieren, uno a la biológica como hecho relacionado con el hombre y el otro al acto jurídico.

La filiación biológica puede ser derivada del matrimonio o del concubinato como ya lo explicamos anteriormente, pudiéndose dar naturalmente o artificialmente con las técnicas modernas con las que contamos actualmente.

La filiación natural es la consecuencia del acto sexual realizada en forma normal entre los cónyuges y ésta admite una clasificación adicional, ya sea de origen, es decir, dentro del matrimonio y de acuerdo a los términos previstos en el artículo 324 del Código Civil vigente en el Distrito Federal. En ambos casos puede haber la filiación como consecuencia de la inseminación artificial. En el matrimonio o concubinato se trataría de una filiación homóloga por utilizarse elementos de ambos consortes, en otras situaciones como en el caso de la madre soltera, la inseminación sería heteróloga por no existir pareja humana y sería también en el matrimonio o concubinato cuando el elemento sea de un solo cónyuge y el otro elemento se obtenga por fuera.

Dentro del segundo grupo de la división por acto jurídico se divide en adoptiva o artificial, la primera es generada por un acto jurídico y no tiene relación

alguna con la biológica; la segunda como ya lo mencionamos con anterioridad puede desprenderse a raíz de una inseminación heteróloga con algún elemento distinto a los consortes o concubinos (óvulo o espermatozoide), para este propósito se requieren los servicios técnicos de un especialista, el cuál va a ser el encargado de realizar la citada inseminación.

En esta materia podemos sentar algunos principios que son de utilidad y básicos en la relación jurídica paterno-filial los cuáles podemos concretarlos de la siguiente manera:

- a) La igualdad de dignidad y derechos de los hijos: este principio se refiere, al derecho del cuál deben gozar todos los hijos por igual no importando el origen de éstos, ya provengan de matrimonio, concubinato, inseminación artificial u otro. Actualmente en nuestra legislación todos los hijos gozan de los mismos derechos e igualdad, independientemente del origen que provengan, en el caso de la inseminación artificial no encontramos mucho al respecto ya que es un tema nuevo en el cual se ha legislado poco. El sistema que adopta nuestra legislación al respecto va encaminándose a lo sugerido por las legislaciones Europeas, aunque no del todo como se verá a continuación:

- 1) En cuanto a que coloca en pie a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, adquiriendo estos los mismos derechos y obligaciones no sólo con respecto a los padres si no a que éstos pasan a formar

parte de la familia de ambos, cosa que no sucedía en nuestra legislación, ya que en ella los efectos sólo se producían entre el adoptante y adoptado o sea se daba una adopción simple, sin crear ninguna relación con la familia del o los adoptantes, y no fue sino hasta hace algunos años que se reformó nuestro Código Civil y se insertó la figura de la adopción plena. Esto en el Distrito Federal porque en Estados como Guerrero, Oaxaca y Coahuila ya se contemplaba la adopción plena con anterioridad a las reformas ya comentadas, esto quiere decir que las consecuencias jurídicas recaen tanto en el adoptante como en la familia de éste. En lo personal creemos que sería benéfico para los intereses de los adoptados que la adopción plena se llevará a cabo en todo el país y no solo en algunos Estados como sucede actualmente.

- 2) Desaparecen las distinciones que anteriormente existían en nuestra legislación acerca de los hijos adulterinos, incestuosos, etc.

Rojina Villegas al respecto dice "Nosotros damos, tanto a la filiación como a la natural todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, es decir, de esa situación permanente del hijo, no sólo de la relación del padre con la madre, sino también de la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenezca el progenitor. En cambio en el derecho Europeo, sólo la filiación legítima permite esa situación jurídica del hijo dentro de la familia materna y paterna. El hijo tendrá exclusivamente relaciones jurídicas, siendo natural con su padre o madre como ocurre en el derecho francés o italiano pero le niegan la

posibilidad de tener derechos y obligaciones en materia de alimentos, herencia y patria potestad respecto de los demás ascendientes así como con los demás parientes colaterales.⁵⁰

Es innegable que en la vida del hombre y existencia de la persona va a estar ligada quíerese o no a la fecundación, concepción gestación y parto. Estos hechos jurídicos los encontramos regulados en el artículo 22 de nuestro Código Civil vigente el cual dice "la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este código."

En nuestros días la familia ha tenido que recurrir a la tecnología Biomédica para intervenir y desviar el proceso natural de la procreación, a través de manipulaciones, como es el caso de la inseminación artificial y fecundación in vitro de la cual hablaremos mas adelante siendo materia de la presente tesis. Para nuestro concepto al tratarse de una situación jurídica de nueva creación debería incluirse en nuestra legislación en particular en el Código Civil.

- b) Protección constitucional a los hijos: en el artículo cuarto constitucional, se establece que "es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades así como a la salud física y mental. La

⁵⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. I. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000 p. 321.

ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de instituciones públicas." Esta es una garantía individual de la cual gozan todos los menores y por consecuencia es una responsabilidad de la autoridad respetarla y promoverla a través de instituciones públicas para que satisfagan las necesidades de éstos, ya que la Constitución no solo la establece como una garantía para los menores sino también como una obligación del estado apoyando y protegiendo a éstos para que logren un desarrollo físico y mental adecuado.

- c) El bien de los hijos: éste es el principio que regula toda la filiación dentro de nuestra legislación, ya que establece que debe ser el que rija a las instituciones como la patria potestad, filiación, adopción, tutela, etc. Esta protección es la misma para los nacidos dentro o fuera del matrimonio y los que no tengan relación biológica (adopción).

El interés superior del niño está reconocido por la convención sobre los derechos de éste, aprobada en la Cuadragésima Cuarta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de marzo de 1989 y aprobada por México en el Senado el 19 de junio de 1990 (Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990), la cual constituye una Ley Suprema de la Unión según lo dispone el artículo 133 constitucional. En esta convención se expresa "que todas las medidas concernientes a los niños, que tienen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, autoridades administrativas o los órganos

legislativos se tendrán como una consideración primordial, se atenderá el interés superior del niño."

- d) Igualdad de efecto: sentado como principio de igualdad de derechos y dignidad de todos los hijos donde todos tendrán los mismos derechos y efectos jurídicos en relación con ellos. En nuestra legislación no se encontraba contemplada ésta igualdad de efectos en relación con los hijos, sólo ocurría como ya lo explicamos anteriormente en los que eran producto del matrimonio o concubinato, cosa que de igual forma no sucedía con los adoptivos, ya que la adopción tenía efectos limitados a diferencia de la adopción plena que existe hoy en día en nuestra legislación, en donde si se comprenden a todos los parientes del adoptado.

A este respecto también es necesario hacer referencia del problema de los hijos nacidos producto de adulterio, ya que éstos en la actualidad no pueden vivir con la familia originada del matrimonio sin consentimiento del otro cónyuge como lo establece el artículo 372 del Código Civil, lo cual es una limitante para que los efectos con respecto a éstos no sean plenos, pues aún cuando se les reconociera como hijo, no se les aceptaría dentro de la familia producto del matrimonio sin el consentimiento expreso del otro cónyuge.

- e) Filiación de hecho y de Derecho: la primera se origina de las relaciones paterno-filiales que no se encuentran jurídicamente documentadas basándose en la posesión de estado de hijo, que como prueba se refiere

sólo a los habidos dentro del matrimonio o concubinato. La posesión de estado una vez acreditada puede perderse a menos que exista sentencia ejecutoria, para que ésta proceda, en el caso del matrimonio, se requiere del consentimiento constante de éste o de alguna otra circunstancia que prevenga el artículo 343 del Código Civil citado y a la vez cuente con la edad exigida por el artículo 361 del mismo ordenamiento jurídico. Hay que tomar en cuenta que esta posesión es fundamental para la investigación de la paternidad, pues son las únicas pruebas posibles del hijo fuera del matrimonio en el caso de los hijos habidos por esta unión. En caso de que no exista el acta de matrimonio, se establecería el supuesto que señala el artículo 341 del Código Civil, que previene la posesión constante de estado de hijo.

Normalmente la filiación es indivisible, porque la relación jurídica corresponde a ambos progenitores, ya sea en el matrimonio o en el concubinato. Sin embargo, hay casos en que puede existir una filiación dividida refiriéndonos a los hijos fuera del matrimonio o concubinato, donde una sola persona es que reconoce al hijo poniendo como ejemplo, a la madre soltera.

3.2.- La filiación desde el punto de vista biológico y jurídico

"La filiación puede considerarse desde los puntos de vista biológico y jurídico. Como hecho natural, existe siempre en todos los individuos: "siempre y

fatalmente se es hijo de un padre y de una madre, como ley biológica inexorable.”⁵¹ La procedencia de los hijos respecto de sus progenitores es un fenómeno natural que interesa no sólo a padres e hijos, sino también al derecho: a raíz de la reproducción se origina un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado.

La filiación sobrepasa la vida individual y contribuye a formar la familia, base primaria de la organización social.

La concepción y el nacimiento son hechos naturales que el derecho considera para constituir los conceptos jurídicos de filiación, parentesco, familia e incluso la idea misma de persona, de los cuales derivan un conjunto de relaciones permanentes entre los individuos; en el caso concreto de la filiación, entre los progenitores y su hijo. Ciertamente la concepción y el nacimiento son hechos jurídicos y, como tales, producen consecuencias de derecho. De ahí que, por ejemplo, el artículo 22 del Código Civil señala que:

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

⁵¹ FUIEYO LANIERY. Cit. Por GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 618.

No obstante, estos hechos jurídicos difieren radicalmente del estado jurídico de la filiación, si bien se encuentran en la base de la misma. Este estado jurídico implica una relación permanente entre padres e hijos que sólo puede iniciarse a partir del nacimiento y comprende un cúmulo de derechos y obligaciones derivados del reconocimiento que el derecho hace de esta relación. Antes del nacimiento no puede plantearse el problema de la filiación para los efectos de atribuir este estado de derecho, puesto que está sujeto a que el individuo nazca vivo y viable, como se desprende del texto del artículo 337 del Código Civil, que dice: "Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad."

La filiación biológica existe en todos los individuos, pero no así jurídicamente puesto que el derecho necesita cerciorarse primeramente de la paternidad y maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación. Sin embargo, no siempre es posible conocer la paternidad o maternidad e incluso, aún comprobadas, el derecho no siempre reconoce la cualidad biológica de padre o madre e hijo. Tal es el caso del reconocimiento cuando no hay vínculo consanguíneo o bien en la filiación adoptiva, en la cual la ley expresamente da al adoptado el estado de hijo con todos los derechos y obligaciones que de éste se derivan, sin que exista un vínculo consanguíneo.

3.3.- Especies de filiación

La naturaleza de la filiación se determina según la situación jurídica de los padres en el momento de la concepción del hijo y no por la que tengan en la época del nacimiento. Tradicionalmente se ha clasificado la filiación en legítima, cuando el hijo es concebido en matrimonio de sus padres; ilegítima o natural, cuando los padres no están unidos en matrimonio al momento de concebir al hijo, y adoptiva, derivada del acto jurídico de la adopción.

Dejando de lado la clasificación entre filiación consanguínea (derivada de la procreación) y filiación adoptiva, importa distinguir entre la filiación que nace dentro del matrimonio y la que se origina fuera de él, es decir, entre las tradicionalmente llamadas legítima y natural.

El Código Civil para el Distrito Federal, ha prescindido de los calificativos legítimo e ilegítimo en relación con los hijos. El Código Civil Federal, Clasifica a los descendientes como hijos habidos dentro o fuera del matrimonio y equipara a unos con otros, sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal, en las reformas que sufrió, publicadas el 25 de mayo del año 2000, omite ya esta distinción. La ley concede iguales derechos y obligaciones a los padres respecto de los hijos y viceversa, sin importar que entre aquellos exista o no un vínculo conyugal. La división subsiste, no obstante, para los efectos de la prueba: se refleja únicamente en el diverso modo de probar la filiación matrimonial y la

extramatrimonial, pero las consecuencias jurídicas que se derivan de esta institución son las mismas en ambos casos.

Gracias a las ideas que sustentó Venustiano Carranza durante la época de la revolución, por primera vez en México se sostuvo la idea de equiparar al hijo natural con el legítimo para atribuirles el mismo estado jurídico, "para relacionarlo, por consiguiente, con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo y no a través del matrimonio y para darle un estado integrado por un conjunto de derechos, no sólo para heredar, exigir alimentos y llevar el apellido del padre o de la madre, sino también para que goce de la protección jurídica que otorga la patria potestad, limitando sólo sus consecuencias en la misma forma que se hace respecto de los hijos legítimos."⁵²

La exposición de motivos del Código Civil vigente señala que por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen.

⁵² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 606.

No obstante ello, la doctrina sigue clasificando la filiación en legítima y natural. Incluso ciertos autores como Antonio de Ibarrola afirman que "no hay familia en el verdadero sentido de la palabra, que la familia legítima la única manera de equiparar los hijos legítimos con los naturales es la de suprimir lisa y llanamente la institución del matrimonio."⁵³ Esto es un error y una opinión reprobable no sólo por las razones apuntadas en la exposición de motivos del Código Civil, sino porque también semánticamente la terminología es inapropiada e importa un estigma sobre los hijos habidos fuera del matrimonio. En el lenguaje común legítimo significa conforme con las reglas, bien construido; jurídicamente significa conforme a derecho, justo. Ahora bien, ya para los Romanos *legitimus* contenía una fuerte carga emotiva, un carácter valioso, de manera que actuar legítimamente era actuar de forma correcta. Así pues, desde los tiempos clásicos, legítimo significaba "con arreglo a derecho" e implica siempre lo justo, lo correcto o lo jurídicamente justificado. De ahí que, con toda razón, el legislador de 1928 haya calificado de "odiosa" e "irritante" la diferencia entre hijos legítimos y los ilegítimos, así como la terminología misma. Por otro lado, lo natural es aquello perteneciente a la naturaleza o conforme a la calidad o propiedad de las cosas por oposición a lo artificial; por tanto, no puede haber hijos "naturales" e hijos artificiales, ni siquiera aquellos concebidos con la ayuda de las nuevas técnicas reproductivas. Es pues, reprobable el uso de esta terminología aun en el ámbito doctrinal.

⁵³ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, 13ª edición, Edit. Aries, España, 1998. p. 552.

La filiación matrimonial como se apuntó anteriormente, la clasificación de los hijos depende de la situación jurídica de los padres al momento de la concepción. De ahí que la filiación de los hijos de matrimonio sea el vínculo jurídico que se crea entre el hijo y sus padres, siempre que éstos hayan estado unidos en matrimonio en el momento en que aquél fue concebido. Se requiere que la fecundación haya tenido lugar mientras los padres estaban casados y no simplemente que el hijo nazca durante el matrimonio ya que pudo haber sido concebido antes de éste. Ahora bien, como el momento de la concepción no puede fijarse con exactitud, éste se determina con base en la fecha de nacimiento; es decir, en función de esta fecha se establece la presunción de que fueron concebidos después del matrimonio de sus padres.

Para determinar jurídicamente la época de la concepción, la ley considera el período normal de la gestación que fluctúa entre los 265 y los 280 días. Desde el derecho romano, con base en la autoridad de Hipócrates, a quien se reconoce como el padre de la medicina, se fijó en 300 días la duración más larga del embarazo y en 182 días, la menor. Asimismo, los redactores del Código Civil francés consultaron la opinión de los médicos al respecto. Estos últimos señalaron 186 días como la duración mínima del embarazo y 286 días como la máxima, de manera que los legisladores optaron por fijar dichos plazos en 180 y 300 días, respectivamente, con el objeto de favorecer al hijo.

La maternidad resulta de la concepción, embarazo y el parto subsecuente. hechos notorios y fácilmente comprobables. No así la paternidad que es de difícil

comprobación. Colín y Capitán señalan "que es imposible demostrar la paternidad de manera directa. Es así que el derecho establece una presunción de paternidad a favor del marido de la madre del hijo. Las dos premisas anteriores se resumen en el principio del derecho romano que ha sido fuente del derecho positivo de los sistemas jurídicos herederos de la cultura latina: *mater semper certa est; pater est quod nuptiae demostrant*. Los mismos autores señalan que sólo mediante una doble presunción puede designarse padre al marido de la mujer que concibió al hijo: la de que han existido relaciones sexuales entre dicha mujer y su marido y la de que esta mujer no ha tenido relaciones sexuales con otros hombres, es decir, una presunción de cohabitación y una de fidelidad."⁵⁴

Así es, que el artículo 324 del Código Civil señala como hijos de los cónyuges:

"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."

⁵⁴ CIT. POR MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. 3ª edición. Edit. Porrúa, México, 2001. p. 318.

Esta disposición señala la época de la concepción, que no podrá ser otra que dentro de los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento; es decir que, dados los plazos que señala la ley, la concepción sólo pudo haber tenido lugar dentro de los primeros cuatro meses del término máximo de gestación, que es de 300 días.

La presunción de paternidad establecida en el Código Civil no puede ser destruida fácilmente. El artículo 325 establece que:

Artículo 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

Ahora bien, esta excepción a la regla *pater est quod nuptiae demonstrant* ha dejado de tener la fuerza que en otra época tenía en virtud de los adelantos de la tecnología reproductiva, puesto que, como se desprende de lo expuesto en el capítulo anterior, no es necesaria la relación sexual para la concepción. Podría llegar a atribuirse la paternidad a una determinada persona, no obstante que haya demostrado, sin dejar lugar a duda, que le fue imposible tener acceso carnal con su mujer, pero se abundará en este tema más adelante, baste simplemente, por ahora, apuntar el problema.

De lo anterior se derivan los siguientes principios:

- a) "El hijo de matrimonio tiene por madre a la mujer que lo dio a luz y por padre al marido de ésta;
- b) Se presume que el marido es el padre siempre que el hijo nazca en el lapso comprendido entre el día 180 posterior a la celebración del matrimonio y el día 300 posterior a la disolución del mismo.
- c) La presunción a favor de la paternidad del marido únicamente puede ser destruida mediante la prueba de que ha sido físicamente imposible a éste tener acceso carnal con su mujer durante la época de la concepción.
- d) La filiación del hijo como habido en matrimonio en los términos antes mencionados se presume en tanto no se impugne su estado de filiación."⁵⁵

Respecto de los casos especiales de nulidad de matrimonio, el estado de hijo de matrimonio también se va a juzgar atendiendo al momento de la concepción. Recordemos que, por regla general, la nulidad destruye retroactivamente los efectos del acto respecto del cual ha sido declarada. Sin embargo, en materia de matrimonio, la nulidad tiene características especiales.

En perjuicio del hijo, la nulidad jamás opera retroactivamente para quitarle el carácter de habido en matrimonio. Esto es, si el hijo es concebido antes de que se declare la nulidad del matrimonio, no obstante que ya se haya promovido la

⁵⁵ Idem. p. 321.

demanda correspondiente, el estado que le corresponde es el de hijo de matrimonio.

Al respecto, el artículo 255 del Código Civil dice:

"El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles a favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo, a favor de sus hijos."

El artículo 256 del Código Civil reitera este principio, en su primer párrafo, al señalar:

"Si ha habido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos."

Finalmente, el artículo 344 del Código Civil establece que:

"La declaración de nulidad de matrimonio, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, no afectará la filiación de los hijos."

Respecto a la prueba de la filiación matrimonial, la filiación supone varios hechos cuya existencia debe establecerse sucesivamente, sin importar, por lo pronto, de qué tipo de filiación se trate. Lo primero que es necesario probar es el parto, que permite conocer la filiación materna en forma directa y puede demostrarse con toda certidumbre. En segundo lugar es necesario verificar la

identidad del hijo, es decir, determinar si el hijo que la mujer dio a luz es la misma persona de cuya filiación se trata. De esta manera queda establecida la maternidad; el siguiente paso es averiguar la paternidad, problema que evidentemente no puede ser resuelto sino hasta que se conoce la filiación materna. Probada la maternidad de una mujer casada, la paternidad del marido quedará probada al mismo tiempo si la concepción del hijo ocurre dentro de los plazos que ya se han mencionado. En principio, si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad puesto que ésta no puede ser conocida en forma inmediata: sólo a través de una presunción puede determinarse que la concepción y el embarazo subsecuente son el resultado de las relaciones entre la madre del niño en cuestión y su marido. Como consecuencia de ésta presunción el hijo está dispensado de rendir una prueba directa de su filiación paterna.

La prueba principal con la que se acredita la filiación de los hijos habidos en matrimonio son las actas del Registro Civil. El artículo 39 del Código Civil dispone que:

“El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.”

Al respecto, el artículo 340 del Código Civil señala el acta de nacimiento del niño como la base para determinar la filiación matrimonial:

“La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.”

Rojina Villegas “apunta que con la partida de nacimiento se prueba el parto y consecuentemente, la maternidad.”⁵⁶ El doctor Magallón Ibarra discrepa de lo anterior y aclara “que en nuestro derecho positivo el Juez del Registro Civil sólo va a dar fe de la declaración del nacimiento y de la presentación del niño ante él, de la que resulta que se tiene que hacer referencia al nacimiento, que en forma intrínseca exige el parto y, consecuentemente, la maternidad.”⁵⁷ El acta de nacimiento deberá levantarse en presencia de dos testigos, que, si bien no tienen que haber estado presentes durante el alumbramiento, deberán dar testimonio de los hechos que normalmente les conste de buena fe, a saber, que hubo parto y que de éste nació el hijo que se presenta.

Por otro lado, el artículo 58 del Código Civil establece que el acta de nacimiento deberá contener la impresión digital del presentado, lo cual sirve de base para identificarlo.

En el acta de nacimiento debe asentarse el nombre, domicilio y nacionalidad de los padres, según dispone el artículo 59 del Código Civil. Ahora bien, no basta el acta de nacimiento para tener acreditada la filiación matrimonial puesto que de la simple mención del nombre de los padres no se deduce que éstos están casados. Es por ello que la ley exige no sólo el acta de nacimiento,

⁵⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 741.

⁵⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 437.

sino también la de matrimonio de los padres. Cabe señalar que el Código de 1884 sólo exigía el acta de nacimiento para probar la filiación legítima y sólo cuando se cuestionara la validez del matrimonio debía presentarse el acta de matrimonio de los padres.

De acuerdo con lo que establecen los artículos 36, 37 y 41 del Código Civil, las actas del Registro Civil se asentarán mecanográficamente y por triplicado en formas especiales denominadas "Formas del Registro Civil". Se archivará un ejemplar de estas formas en el Archivo de la Oficina Central del Registro Civil, otro, en el Archivo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y el tercero, en el archivo de la oficina en que se haya actuado. Si se perdiere, destruyere o estuviere inutilizada alguna de estas formas deberá sacarse inmediatamente una copia de alguno de los otros dos ejemplares. Con anterioridad a las reformas del Código Civil publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de enero de 1979, las actas se asentaban en libros que se llevaban por duplicado. Es por ello que el artículo 341 del Código Civil dispone que:

"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 aquéllas 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."

En defecto del acta de nacimiento, la ley admite otras pruebas subsidiarias de la filiación. El artículo 341 del Código Civil contempla, entre otras, la prueba de posesión constante de hijo de matrimonio:

"A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará (la filiación) con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio."

La posesión de estado nunca puede prevalecer sobre el acta de nacimiento, ésta siempre tendrá mayor valor mientras no se demuestre su falsedad. El estado de posesión es, pues, una prueba subsidiaria.

Este estado es un estado de hecho que se establece en torno de una relación humana entre dos personas, de las cuales una desciende de la otra y acredita en esa forma la relación jurídica entre ambos. El doctor Magallón Ibarra señala que la posesión de estado "tiene el valor de una confesión de maternidad y de paternidad por parte de los padres, porque son ellos los que, por el tratamiento con que han beneficiado al hijo, han contribuido de modo particular a construir la posesión de estado que es, en efecto, su obra, no la del hijo y lo es porque éste

está autorizado para prevalerse de ella.⁵⁸ La posesión de estado constituye una presunción de la realidad del estado civil; los hechos suplen al acta del Registro Civil. Esta presunción tiene razón de ser porque normalmente la persona que posee un estado civil es el verdadero titular del mismo. Ahora bien, para probar la posesión de estado de hijo nacido de matrimonio no basta con probar que existe la relación entre progenitor e hijo, será necesario, además, probar el matrimonio de los padres. En relación con esto último, puede darse una situación especial en la que no es posible exhibir el acta de matrimonio de los padres porque estos hubieren muerto y se ignore el lugar donde se casaron o bien que por ausencia o enfermedad les fuere imposible precisarlo.

En nuestro derecho no existe el matrimonio por comportamiento en virtud de la solemnidad que exige ese acto, no obstante, para efectos de la filiación, la ley autoriza a considerar un estado de matrimonio de los padres.

Tradicionalmente se han considerado tres los elementos constitutivos de la posesión de estado: nombre, trato y fama. Nuestro derecho agrega uno o más. la edad. Estos hechos demuestran las relaciones de filiación y parentesco entre un individuo y la familia a la que pretende pertenecer. Concretamente, el artículo 343 del Código Civil dispone:

⁵⁸ MAGALIÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 450.

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

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

“Cicu señala que la prueba de la posesión de estado debe exigirse sobre cada uno de los elementos indicados (aunque sólo se refiere al nombre, trato y fama, no así al requisito de edad) e indica que faltando uno de ellos, la posesión de estado no puede ser reconocida por el juez.”⁵⁹ Ahora bien, nuestro Código Civil es menos riguroso y exige que se den cuando menos dos de los elementos en todo caso deberá probarse la fama, es decir, que el hijo sea reconocido constante y públicamente como hijo de matrimonio, particularmente en la familia del marido, como se desprende del artículo 343 cuyo texto se transcribió anteriormente; cumplido con este requisito, basta con que se dé alguno de los otros elementos, es decir, que el hijo haya llevado constantemente el apellido del presunto padre con su consentimiento, que el presunto padre lo haya tratado como hijo de su

⁵⁹ CICÚ. CIT. POR MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. p. 446.

matrimonio proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento o bien que el padre tenga la edad exigida por el mencionado precepto legal.

Este último punto, es decir, el de la edad, puede tener consecuencias graves puesto que, en última instancia, si el presunto padre tiene la edad exigida por la ley, basta con que se cumpla el requisito de la fama para determinar la filiación, a pesar de que el hijo jamás haya sido tratado como tal ni lleve el apellido *del presunto padre*.

Los principios de posesión de las cosas no rigen en materia de posesión de estado, sin embargo, sí coinciden en algunos puntos. Respecto de la posesión de las cosas, el poseedor puede incluso triunfar sobre el propietario cuando posee la cosa de manera pacífica, continua, pública, por el término que señala la ley y si además lo hace con el ánimo de adquirir la propiedad. La posesión de estado de hijo nacido de matrimonio, por el contrario, nunca puede destruir el valor que tiene su acta de nacimiento por el transcurso del tiempo, así la posesión sea indiscutible, notoria, pacífica y continua. Sin embargo, en uno y otro caso, se toma en cuenta una situación objetiva a falta de título legítimo (acta de nacimiento a título de propiedad en uno y otro caso) para determinar una situación jurídica. Ambos tipos de posesión se encuentran protegidos tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. La posesión de estado, a través de acciones de estado civil; la posesión de las cosas, a través de interdictos posesorios.

De lo anterior se deduce que la posesión de estado es imprescriptible, es decir, que no se extingue ni se adquiere por la misma posesión; inalienable en cuanto que es personalísima e intransferible; indivisible en el sentido de que el hijo habido en matrimonio no puede serlo de su madre sin que simultáneamente lo sea del marido de ésta, finalmente, es intransigible, como se desprende del artículo 2948 del Código Civil, que establece que "no se puede transigir sobre el estado civil de las personas."

En defecto de la posesión de estado, el artículo 341 del Código Civil admite subsidiariamente todos los medios de prueba autorizados por la ley, para demostrar la filiación.

En principio, pues, cualquier medio de prueba es admisible; sin embargo, para presentar la prueba testimonial es necesario que haya un principio de prueba por escrito o bien indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que, a juicio del juez, sean lo bastante graves como para admitirlos. Con ello se trata de eliminar o reducir al máximo la posibilidad de que se elabore la prueba o que se presenten testigos falsos, cosa usual en nuestro medio. Chávez Asencio, siguiendo la opinión de Planiol, señala "que este principio de prueba por escrito debe provenir de los padres del hijo y tener relación con el estado de familia para ser admitida, de manera que un documento proveniente de un tercero no sirve para estos efectos."⁶⁰ No obstante la respetable opinión del maestro, se considera

⁶⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La familia en el Derecho: Derecho de familia y Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 3ª edición. Edit. Porrúa, México, 2000. p. 74.

que cualquier principio de prueba por escrito, provenga o no de los padres o del hijo, debe ser suficiente para la admisión de la prueba testimonial, siempre y cuando reúna los requisitos que establece el Código de Procedimientos Civiles, entre otros, que se refiera a los puntos cuestionados. Esto es en virtud de que nuestro derecho no define qué debe entenderse por principio de prueba por escrito, como lo hace, por ejemplo, el derecho francés, ni contiene alguno que lo limite.

El estado de hijo nacido de matrimonio puede ser destruido por el marido de la madre o por la madre misma mediante el ejercicio de acciones que tienden a demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias que requiere la filiación matrimonial. El marido tiene a su favor la acción de contradicción de la paternidad; nuestro derecho, sin embargo, no regula expresamente una acción para impugnar la maternidad por lo que la madre tendrá que ejercitar una acción del estado civil en los términos del artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los herederos del marido pueden ejercer la acción de contradicción de paternidad en dos supuestos: a) cuando habiendo tenido o no tutor hubiere muerto incapaz, éstos podrán impugnar la paternidad, en los casos en que podría hacerlo el padre (artículo 332 del Código Civil); b) cuando el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre o desde que los herederos se vean perturbados en la posesión de la herencia por el hijo en la posesión de la herencia (artículo 333

del Código Civil). En este último caso, tendrán 60 días para ejercer la acción y se contarán a partir de que se dio el supuesto.

Como ya se mencionó, nuestra legislación no contempla expresamente una acción para impugnar la maternidad, lo cual no significa que la mujer no pueda impugnar la maternidad que se le imputa. La acción tendrá que hacerse valer conforme a las reglas generales que enuncia el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles.

Recordemos que la maternidad resulta del parto, por un lado, y de la identidad del hijo, por el otro. La impugnación de la maternidad puede versar sobre cualquiera de estos hechos. En el primer caso, se tratará de una suposición de parto, es decir, que se atribuye falsamente el parto a una mujer determinada. Habrá, por tanto, un acta de nacimiento cuyo contenido habrá que atacar. En el segundo caso se trata de la sustitución de un hijo por otro, es decir, que el parto se dio, pero el hijo que se le atribuye a la madre no es el mismo que ella parió.

No está por demás tener en mente lo que establece el Código Penal para el Distrito Federal al respecto, en su artículo 277, el cual es del tenor siguiente:

"Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos a los que, con el fin de alterar el estado civil, incurran en alguna de las infracciones siguientes:

- I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;
- IV. A los que sustituyan a un niño por otro"

En virtud de que el Código Civil no enuncia expresamente esta acción, no hay regla expresa para determinar quiénes, además de la madre, están legitimados para ejercerla. No obstante, puede determinarse de manera analógica con base en las reglas establecidas en los artículos 331, 332 y 333 del Código Civil mencionadas anteriormente.

La acción de reclamación de estado tiene por objeto obtener el título de estado de hijo nacido de matrimonio del cual se carece. Esta acción, en principio, compete al hijo y, en vida de éste, tiene un carácter personalísimo, es decir, que mientras viva ningún interesado está legitimado para intentarla. La ley también señala como titulares de la misma, a los descendientes del hijo sin limitación de grado. Para el hijo y sus descendientes, la acción para reclamar su filiación es imprescriptible, según el artículo 347 del Código Civil.

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

Por otro lado, los demás herederos del hijo podrán iniciar la acción si éste muere antes de cumplir 22 años o si cae en demencia antes de alcanzar dicha edad y posteriormente muere en el mismo estado (artículo 348 del Código Civil). Cuando el hijo hubiere intentado la acción sus herederos podrán continuarla

siempre y cuando haya sido intentada en tiempo por el hijo (artículo 349 del Código Civil). Asimismo, podrán contestar la demanda que tenga por objeto disputarle su filiación. Por otro lado, el Código Civil dispone que los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que los herederos respecto de la acción de reclamación de estado si el hijo no hubiere dejado bienes suficientes para pagarles (artículo 350).

A diferencia de la acción que compete al hijo y a sus descendientes, las acciones que son titulares los demás herederos, acreedores, legatarios y donatarios prescriben en un término de 4 años contados a partir del fallecimiento del hijo. Finalmente, la acción es intransigible, según establece el artículo 338 del Código Civil:

"No puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros."

Además este artículo mantiene una íntima relación con el artículo 2948, que establece que:

"No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio."

"El Doctor Galindo Garfías indica que esta acción presupone la maternidad. es decir, que la filiación materna no se cuestiona; se dirige contra el esposo de la

madre para establecer la filiación paterna.⁶¹ Ahora bien, se considera que esto no es exacto; el Código Civil contempla la posibilidad de la investigación de la maternidad, aunque si bien está muy limitada.

Al respecto, el Código Civil dispone que la indagación de la maternidad no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (artículo 385). No obstante el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal (artículo 386); de manera que si es posible investigar la maternidad.

Además puede ocurrir que la investigación de la maternidad se lleve a cabo una vez que el matrimonio de la presunta madre se haya disuelto por divorcio o nulidad e incluso si el presunto padre murió durante la menor edad del sujeto que reclama el estado de hijo de matrimonio (con el objeto de reclamar una herencia, por ejemplo). En efecto, el artículo 388 establece que:

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

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

⁶¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 629.

Por consiguiente, sólo bajo las condiciones anteriores será posible investigar la maternidad de una mujer casada, pero, contrario a la respetable opinión del Doctor Galindo Garfías, ello no quiere decir que la acción correspondiente sólo vaya dirigida contra el padre.

Las personas legitimadas para ejercer la acción podrán hacerlo en cualquiera de los siguientes supuestos: a) que el hijo carezca de acta de nacimiento y de posesión de estado; b) que carezca de acta de nacimiento, pero tenga posesión de estado; c) que tenga acta de nacimiento, pero carezca de posesión de estado; y d) que exista contradicción entre el acta y la posesión de estado.

El primer caso se refiere a la situación extrema, es decir, a la falta del acta de nacimiento y de posesión de estado. Como ya se explicó, no es fácil atribuir un hijo a una mujer casada; sin embargo, si en los casos en que la ley lo permite se llegare a demostrar que una mujer determinada tuvo un hijo después de 180 días de que celebró su matrimonio o bien dentro de los 300 días de la disolución del mismo o de la separación judicial, automáticamente quedará determinada la filiación matrimonial gracias a la presunción de paternidad que establece el artículo 324 del Código Civil. "El maestro Chávez Asencio considera que en estos casos no basta con probar la maternidad para que opere la presunción de paternidad puesto que se trata de una sentencia y ésta genera la relación jurídica

paterno-filial entre quienes litigaron, independientemente de que sus efectos sean erga omnes.⁶²

Se estima que la opinión del maestro es incorrecta puesto que el Código Civil no establece ninguna limitación a la presunción del artículo 324. Más aún, el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles es muy claro y contundente al establecer que las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de las acciones del estado civil perjudican aun a los que no litigaron.

Parece, pues que la opinión de Chávez Asencio no tiene un claro fundamento legal; la opinión contraria, por otro lado, sí encuentra un fuerte sustento en el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Las personas legitimadas para intentar esta acción podrán hacer valer todos los medios ordinarios de prueba incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen, de acuerdo con lo que establece el artículo 341 del Código Civil, con las particularidades que ya quedaron explicadas anteriormente; a saber, que la prueba testimonial requiere de un principio de prueba por escrito o de presunciones o indicios de hechos ciertos que resulten lo bastante graves para que el juez determine su admisión.

⁶² CHÁVEZ ASENCIO, Samuel. Op. Cit. p. 104.

El segundo caso se presenta cuando falta el acta de nacimiento, pero se tiene la posesión del estado. Hay que recordar que la posesión de estado vale como título, aún cuando no es perfecto. En general, el hijo que tiene la posesión de estado en vida de los padres no tiene porqué intentar la acción puesto que goza de las ventajas de dicha posesión. Sin embargo, las dificultades pueden surgir a la muerte de aquellos, al verse el hijo perturbado en su posesión de estado a raíz del juicio sucesorio, por ejemplo: recordemos que el artículo 352 del Código Civil dispone que la condición de hijo no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada. Además, el artículo 353 añade que:

Si el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión.

El tercer caso se presenta cuando el hijo tiene acta de nacimiento, pero carece de posesión de estado. En principio, el acta de nacimiento es suficiente para probar la filiación, pues recordemos que las demás pruebas que admite el Código Civil son subsidiarias. No obstante, algún interesado puede impugnar el acta de falsa a través del ejercicio de una acción del estado civil. Aquí hay que tener en cuenta lo que ya se comentó respecto de los delitos contra el estado civil, en particular, la suposición de parto.

Por último, puede existir la contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión del estado. El hijo podrá reclamar la situación que más le convenga: si reclama el estado de hijo en función del acta de nacimiento, no tendrá mayor problema ya que el acta priva sobre la posesión de estado. Si lo reclama en función de la posesión de estado, tendrá que probar la falsedad del acta. En cualquier caso, necesariamente tendrá que desconocer la situación contradictoria.

La filiación extramatrimonial es la que corresponde a los hijos concebidos sin estar sus padres unidos en matrimonio. Como ya quedó explicado, el momento de la concepción se determina en función de la fecha de nacimiento de acuerdo con los parámetros que fija la ley, a saber, el plazo máximo de embarazo es de 300 días y el mínimo, de 180 días. De manera que el hijo que nazca fuera de los plazos determinados en el artículo 324 del Código Civil será, en principio, habido fuera de matrimonio. Esta regla, sin embargo, no es definitiva, como se explicará en el apartado relativo a la filiación por Ministerio de Ley.

Sin embargo, pueden presentarse diversas situaciones en relación con los hijos habidos fuera de matrimonio. La primera, en la que el hijo se encuentra más desprotegido, se presenta cuando tanto el padre como la madre no lo reconocen y además éste carece de medios para probar los hechos que pudieren identificar a los progenitores. El Código Civil prevé precisamente esta situación al establecer en los artículos 58 y 60 que si el hijo se presenta como de padres desconocidos, el juez le pondrá nombre y apellidos y hará constar dicha situación en el acta. Ahora bien, el artículo 277 del Código Penal, por otro lado, contempla como delito el que

los padres no presenten al registro a un hijo suyo con el propósito de hacerle perder su estado civil o lo presenten ocultando sus nombres. No obstante lo anterior, a pesar de que el hijo puede llegar a tener acción para investigar la paternidad o maternidad, en realidad no puede hacerla valer con éxito y la relación paterno-filial nunca se establece.

La segunda situación se da cuando los hijos carecen del reconocimiento de alguno de sus padres (relativo o unilateral) o de ambos (absoluto o bilateral), pero existe una filiación aceptada de hecho, es decir, existen diversos factores que permiten identificarlos, por ejemplo, la posesión de estado. Dichos elementos pueden dar lugar al reconocimiento o, en su defecto, servir de base para la acción de reclamación de paternidad o maternidad en los casos en que la ley lo permite.

Finalmente, la tercera situación se da cuando existe el reconocimiento expreso de alguno de los progenitores o de ambos o bien una sentencia que declare la paternidad o maternidad. En estos casos, la relación, paterno-filial está establecida respecto del progenitor que haya reconocido al hijo y se producen todos los efectos jurídicos entre ellos de la misma manera que sucede en la filiación matrimonial.

De lo anterior se desprende que la filiación materna de un hijo habido fuera de matrimonio resulta en principio, en relación con la madre, de la prueba plena del parto e identidad del hijo, con las salvedades que ya se expusieron. Sin embargo, también puede quedar establecida por virtud del reconocimiento

posterior del hijo en el caso de que se hubiere presentado al registro como hijo de madre desconocida o bien por sentencia judicial que la declare en los casos que el Código Civil permite que se lleve a cabo la investigación de la maternidad. Respecto del padre, por otro lado, la filiación sólo se establece en virtud del reconocimiento voluntario que éste haga del hijo en cuestión o bien por una sentencia que declare la paternidad.

Merece mención especial el caso de los hijos habidos en concubinato, puesto que si bien es claro que son hijos habidos fuera de matrimonio, opera en su favor la presunción de paternidad respecto del concubinario en los mismos términos que respecto del marido de la madre en la filiación matrimonial. Es así que el artículo 383 del Código Civil, dispone que:

“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina.

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

De esta manera, probada la maternidad respecto de la concubina, quedará probada la filiación paterna respecto del concubinario. Las reglas aplicables en estos casos serán, por lo tanto, las relativas a la filiación matrimonial y no aquéllas de la filiación extramatrimonial.

Como ya se mencionó anteriormente, en nuestro derecho no existe diferencia entre los hijos habidos dentro de matrimonio y los habidos fuera de él, salvo por lo que se refiere a la prueba de la filiación en uno y otro caso.

En ambos tipos de filiación la prueba de maternidad, resulta más sencilla que la de la paternidad puesto que depende de hechos objetivos como se establece en el artículo 360 del Código Civil:

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

Es decir, la maternidad resulta de la prueba de parto y la identidad del hijo. Para ello, son admisibles todos los medios de prueba ordinarios, pero por analogía con el artículo 341 del Código Civil, la prueba testimonial requiere de un principio de prueba por escrito. Recordemos que la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a sus hijos. Sin embargo, el hijo puede ser presentado como de padres desconocidos, en cuyo caso, la maternidad podrá quedar establecida por el reconocimiento que posteriormente hiciera la madre o bien por sentencia judicial que la declara como resultado de un juicio de investigación de la maternidad.

La paternidad, por otro lado presenta, mayores dificultades puesto que no existe en su favor una presunción del tipo de la establecida en el artículo 324 del Código Civil, salvo para el caso especial del concubinato.

A pesar de que el reconocimiento es una institución fundamental de la filiación, sólo se hará una breve exposición del mismo en virtud de que se resuelve el problema de la filiación aún en los casos de fecundación asistida, de manera que no es de principal importancia para los efectos de éste trabajo.

De acuerdo con los preceptos del Código Civil, se puede decir que: el reconocimiento es el acto jurídico irrevocable que consiste en la declaración de uno o ambos progenitores de que una determinada persona es hija suya. Josserand explica que el reconocimiento tiene las siguientes características:

- a) Es un acto *declarativo*, puesto que no modifica una situación que ya existía anteriormente.
- b) Es *personalísimo*, puesto que no puede provenir sino de los progenitores de la persona de cuya filiación se trata. Recordemos que, no obstante que una persona pueda reconocer a un hijo que no es suyo y que de hecho ésta situación se da en la práctica, esto constituye el delito contra el estado civil sancionado por el artículo 277 del Código Penal.
- c) *Individual*, puesto que únicamente produce efectos respecto del progenitor que lo realiza y no respecto del otro progenitor (artículo 366 del Código Civil para el Distrito Federal).
- d) *Irrevocable*, ya que una vez que se ha reconocido a un hijo, su estado no puede depender de la voluntad de quien lo reconoció.

“El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento (artículo 367).”

- e) *Solemne*, pues sólo puede hacerse en la partida de nacimiento ante el Juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento o bien por confesión judicial directa y expresa.

Para reconocer a un hijo se necesita tener la edad exigida para contraer matrimonio más la edad del hijo que va a ser reconocido (artículo 361 del Código Civil). Además, debemos tener presente que el hijo de una mujer casada no puede ser reconocido por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y, por sentencia ejecutoria, se haya declarado que no es hijo suyo como lo establece el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente (artículo 370 del Código Civil), pero cuando lo hagan de manera separada, únicamente se asentará el nombre del compareciente, no obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad. Además el juez o notario que consintiere en la violación de lo anterior será sancionado con la destitución del empleo y la inhabilitación para desempeñar otro por un término no menor a dos años ni mayor a cinco. (Artículo 371 del Código Civil para el Distrito Federal).

El cónyuge puede reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero requiere de la anuencia de éste para llevarlo a vivir al hogar conyugal (artículo 372 del Código Civil para el Distrito Federal.)

El menor de edad puede reconocer a un hijo, pero requiere del consentimiento del o de los que ejerzan sobre él la patria potestad o bien de la persona bajo cuya tutela se encuentre; en defecto del consentimiento de dichas personas, podrá, sin embargo, hacerlo con autorización judicial (artículo 362 del Código Civil para el Distrito Federal). Ahora bien, el reconocimiento hecho por el menor de edad presenta la peculiaridad de que es anulable por error o engaño; la acción de nulidad correspondiente prescribe a los cuatro años contados a partir de su mayoría de edad, según lo establece artículo 363 del Código Civil para el Distrito Federal.

El presunto padre que pretenda reconocer a un menor requiere para ello del consentimiento de la madre, de la mujer respecto de la cual el hijo tiene posesión de estado o bien de su tutor. Si el reconocimiento se hiciere sin obtener el consentimiento de la madre, quedará sin efectos y la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente. En los demás casos, el reconocimiento sí produce efectos; sin embargo, la mujer respecto de quien el niño tenga posesión de estado tendrá 60 días a partir de que tuvo conocimiento de dicho acto para contradecirlo. El Código Civil, por otro lado, no señala al autor como titular de la acción de contradicción, de manera que el menor que hubiere sido reconocido en

los términos anteriores tendrá que esperar hasta la mayoría de edad para ejercitarla dentro del término de dos años contados a partir de la fecha en que llegare a dicha edad, a menos que no hubiere tenido noticia del reconocimiento, en cuyo caso el término correrá a partir del momento en que la adquirió.

Si el hijo fuere mayor de edad, tiene que dar su consentimiento para ser reconocido.

Finalmente, también pueden ejercitar la acción de contradicción del reconocimiento el Ministerio Público, en todo tiempo, cuando dicho acto se hubiere efectuado en perjuicio del menor; el progenitor que reclame para sí el carácter de padre con exclusión de quien hubiere reconocido al hijo indebidamente y, los terceros afectados por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado, pero deberán hacerlo en vía de excepción. Ahora bien, la impugnación del reconocimiento por causa de herencia no procede en ningún caso para privar al menor de ella.

El principal efecto del reconocimiento es establecer el vínculo de filiación entre el progenitor y el hijo, del cual se desprenden todos los demás, a saber: el derecho del hijo a llevar el apellido de quien lo reconoce; el derecho a percibir los alimentos y la porción hereditaria que le corresponda en la sucesión legítima; el ejercicio de la patria potestad de quien reconoce sobre el reconocido; finalmente, da lugar a la tutela legítima. Respecto de la patria potestad, el ejercicio corresponde a ambos padres a pesar de que hayan reconocido al hijo en forma

sucesiva. La custodia, por otro lado, la ejercerán ambos progenitores si vivieren juntos, sin embargo, si vivieren separados corresponderá al primero que lo reconoció, a menos que entre ellos hubieren acordado otra cosa. En caso de conflicto entre los padres en relación con la custodia, el juez, con audiencia del Ministerio Público, decidirá a quién corresponde, en función del interés del menor.

Respecto a la investigación de la paternidad y de la maternidad y, en defecto del reconocimiento voluntario, la filiación extramatrimonial sólo puede establecerse por virtud de una sentencia que resulte de un juicio de investigación de la paternidad o de la maternidad. Las acciones correspondientes sólo pueden intentarse en vida de los presuntos padres, a menos que éstos hubieren fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso, éste tiene derecho a intentar la acción dentro de los cuatro años siguientes a que alcance la mayoría de edad, según lo establece el artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal.

La acción de investigación de la maternidad puede intentarse ante el incumplimiento de la obligación que tiene la madre de reconocer a sus hijos, salvo que tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. No obstante lo anterior, siempre podrá investigarse la maternidad cuando ésta se deduzca de una sentencia civil o criminal, por ejemplo en el caso de adulterio, o de contradicción de paternidad. En efecto, el Código Civil dispone en sus artículos 385 y 386 lo siguiente:

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

“No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.”

En un principio, pues, tanto el hijo como sus descendientes tienen amplia libertad para ejercer la acción de investigación de la maternidad, puesto que la filiación materna resulta del sólo hecho del nacimiento.

Ante la incertidumbre de la paternidad, nuestro derecho nuevamente recurre al sistema de presunciones, pero no para atribuirla como en los casos de filiación matrimonial, sino tan sólo para permitir que se investigue. Es decir, existen datos suficientes para presumir que determinado hombre es el padre del sujeto en cuestión.

Para ello, el artículo 382 del Código Civil para el Distrito Federal establece “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 negará a proporcionar la muestra necesaria se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”

Hay que tener que, de acuerdo con el artículo 387 del Código Civil:

"El hecho de dar alimento no constituye por sí solo prueba, ni aún presunción de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas."

Es decir, el trato va más allá de la sola provisión de alimentos, pero sí puede tener especial significación unida a otros elementos.

Respecto del concubinato, cabe mencionar que en relación con la paternidad, da lugar al ejercicio de la acción de investigación; sin embargo, probada la maternidad de la concubina, automáticamente queda establecida la filiación paterna con el concubinario en virtud de la presunción que establece el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal.

Filiación matrimonial por disposición de ley

Antes de las Reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 20 de mayo del año 2000, nuestro derecho contemplaba un tercer tipo de filiación, que, para ser consecuente con lo que se ha expuesto en éste trabajo, se ha llamado filiación matrimonial por disposición de ley, aunque tanto la doctrina como el propio Código Civil la denominan legitimación.

Antonio de Ibarrola señala que ésta figura "prácticamente sale sobrando en nuestro Código Civil de 1928. Dado que a cada paso nos encontramos con preceptos que equiparan en todo y para todo al hijo legítimo con el hijo natural. realmente cabe preguntarse qué ventajas puede traer a un hijo que sus padres lo legitimen."⁶³ Se coincide con la opinión del maestro Ibarrola, ya que actualmente no existe distinción alguna sobre el particular.

Por otra parte, el Doctor Galindo Garfias señala que: "la legitimación es una forma creada por el derecho para favorecer a los hijos naturales, permitiéndoles mejorar su situación jurídica (convirtiéndose) por disposición de los preceptos legales en hijos nacidos dentro de matrimonio."⁶⁴

Rojina Villegas define la legitimación como "aquella situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que corresponden a esta calidad."⁶⁵

Esta definición que es, más aceptada que la anterior, también puede ser objetada en el mismo sentido ya que actualmente el Código Civil no hace distinción alguna.

⁶³ DE IBARROLA, Antonio. *Derecho de familia*. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 413.

⁶⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op. Cit. p. 650.

⁶⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 487.

Por otro lado, habría que agregar a ésta definición que es necesario el reconocimiento expreso de los padres antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, puesto que de lo contrario estaría incompleta, como se verá más adelante.

Chávez Asencio considera que la legitimación tiene una importancia especial y se justifica puesto que es un "beneficio que se produce no sólo en utilidad de los hijos, sino también de los padres, moralizando su situación. Sin embargo, esto en nada mejora la situación jurídica de unos hijos respecto de otros."⁶⁶

La filiación por disposición de ley era, pues, la situación jurídica por virtud de la cual, mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos habidos fuera de éste el carácter de hijos de matrimonio siempre que los primeros los hayan reconocido expresamente.

Filiación de los hijos nacidos por fecundación asistida

A continuación haré una referencia a las posibles combinaciones que nos ofrece la fecundación asistida:

⁶⁶ CHÁVEZ ASECIO, Manuel. Op. Cit. p. 130.

1. Óvulo de mujer casada, con semen de hombre casado (esposos "A"), dando gestación la misma mujer.
2. Óvulo de mujer casada "A", con semen de donante "B", dando gestación la misma mujer.
3. Óvulo de mujer casada, con semen de hombre casado (esposo "A"), dando gestación una tercera persona "C".
4. Óvulo de mujer casada "A", con semen de donante "B", dando gestación una tercera persona "C".
5. Óvulo de donante "B", con semen de hombre casado "A", dando gestación su esposa, es decir "A".
6. Óvulo de donante "B", con semen de donante "B", dando gestación la mujer casada, es decir "A".
7. Óvulo de donante "B", con semen de hombre casado "A", dando gestación una tercera persona "C".
8. Óvulo de donante "B", con semen de donante "B", dando gestación una tercera persona "C".

Ahora tomaré como base los siguientes supuestos:

- A) La problemática gira en torno de la pareja que se denominará "A", quienes están casados.
- B) Los donadores, a quienes se denominará "B", y la tercera gestante, a quien se denominará "C", no están casados.

C) El hijo nace dentro de los plazos establecidos por el Código Civil para la filiación matrimonial.

El primer caso no presenta dificultad alguna. El óvulo de la mujer "A", es fecundado con el semen de su marido ya sea de manera natural o a través de cualesquiera de los métodos de fecundación asistida. La esposa "A", no tiene impedimentos para gestar al producto, de manera que el hijo será de matrimonio y tendrá por padres a los señores "A".

El último caso tampoco presenta problemas, puesto que la pareja "A", no interviene de manera alguna en la concepción o gestación del hijo y por lo tanto no puede establecerse la relación paterno-filial entre ellos y el hijo, sino a través de la adopción, es decir sería más conveniente que adoptaran a un hijo.

En el segundo caso, el esposo "A" es infértil. El óvulo de su cónyuge es fecundado con el semen de un donante por inseminación artificial heteróloga o por cualquiera de los métodos de fecundación in vitro. La mujer "A", gesta al producto y el hijo será por tanto, del matrimonio "A". En ningún caso podrá establecerse la relación paterno-filial con el donante, a menos que el marido "A" demostrare la ausencia de relaciones sexuales con su cónyuge en los ciento veinte días que precedieron al nacimiento, o bien que declarare el adulterio de ésta y demostrare que el nacimiento se le ocultó, e impugnare en ambos casos la paternidad dentro del plazo de sesenta días que determina el artículo 330 del Código Civil.

En el tercer caso la esposa "A", está impedida para gestar al producto. La fecundación de los gametos de los cónyuges puede llevarse a cabo in vitro y extraerse mediante un lavado para implantarse en una tercera persona "C", para que esta lo geste. No obstante que la carga genética es de los cónyuges, es decir, tiene genes "A", y que la fecundación pudo haberse llevado a cabo en las tubas uterinas de la esposa, el hijo nacería de la mujer "C" y la relación materno-filial tendría que establecerse con ella, sin perjuicio de que el hombre "A" pudiera reconocer al hijo. En este caso, la filiación del hijo sería extramatrimonial. Ahora bien, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 379 del Código Civil, la mujer "C" podría contradecir el reconocimiento hecho por el hombre "A" cuando aquélla no hubiere dado su consentimiento para tal efecto, en cuyo caso la paternidad tendría que deducirse de la sentencia dictada en el juicio correspondiente. En este supuesto, sin embargo, el señor "A" tendría como pruebas a su favor, entre otras, los registros médicos relativos a la fecundación asistida. Creo que es una injusticia, que se le deje a la madre natural a un lado y que no pueda establecer su filiación con el hijo sólo porque las leyes no están actualizadas a los avances científicos.

En el cuarto caso, la esposa "A" produce óvulos, pero no puede gestar al hijo y su marido es infértil. El óvulo de la esposa "A", fecundado con el semen de un donante, se implanta en el útero de una tercera persona "C" para que lo geste. Al igual que en el caso anterior, la maternidad correspondería a la mujer "C" por el sólo hecho del nacimiento (artículo 324 del Código Civil). La paternidad, por otro lado se establecería en función del reconocimiento del hijo, pero, en todo caso, la

filiación sería extramatrimonial. Ahora bien, se estima que el reconocimiento efectuado por el hombre "A" podría calificarse de indebido para los efectos del artículo 368 del Código Civil, en virtud de que dicha persona es totalmente ajena al procedimiento, de manera que podría ser impugnado no sólo por la mujer "C", sino también por el donante, quien es el verdadero progenitor, en cuyo caso tendría en su favor las pruebas de infertilidad del que reconoció, como las pruebas relativas a la fecundación asistida, entre otras.

El quinto y el sexto casos presentan menos problemas puesto que la mujer "A" es quien gesta al hijo, no obstante no ser la madre genética. En ambos casos, el hijo será del matrimonio "A", sin que pudiera establecerse la filiación con alguno de los donantes, excepto en el caso de que se viole el secreto de los nombres de ellos, de manera que también tendrían a su favor las pruebas relativas a la fecundación asistida.

En el séptimo caso el óvulo de mujer "B" se fecunda con el semen del marido "A". Lo más común es que se haga mediante inseminación artificial y se celebre un contrato de maternidad subrogada con la mujer "C". Ahora bien, puede suceder que otra mujer "B" done el óvulo para ser fecundado con el semen del marido "A" y que el embrión resultante se implante en la mujer "C". En cualquier caso, no puede establecerse el vínculo materno-filial con la mujer "A" puesto que es totalmente ajena al proceso biológico. Por otro lado, tampoco podría establecerse dicho vínculo con la mujer "B" en virtud de la gestación por la mujer "C". El hijo que naciera sería habido fuera de matrimonio, su madre sería la mujer

"C" y el padre aquél que lo reconociera, que tendría que ser el marido "A". En caso de conflicto respecto del reconocimiento hecho por el marido "A", éste tendría en su favor las pruebas relativas a la fecundación asistida en el juicio correspondiente.

Es oportuno hacer mención del contrato de maternidad subrogada o sustituta, como también se le ha llamado. En virtud de dicho contrato, una persona, llamada gestante "C", se obliga con otra, llamada solicitante "A", a gestar cuidadosamente al producto de una fecundación asistida y entregarlo al solicitante cuando nazca vivo y viable, renunciando a los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad.

En opinión particular, creo que se debe legislar en el sentido de que se permitan este tipo de contratos.

Ahora bien, podría pensarse que el contrato de maternidad subrogada se asimila a la adopción, sin embargo, en el Código Civil, en el capítulo correspondiente, sólo hace mención a la adopción de menores de edad o incapacitados, no a la de los hijos que no han nacido.

Volviendo a la filiación de los hijos nacidos con ayuda de las técnicas de reproducción asistida, los casos en que la tercera gestante (mujer "C") esté casada se complican enormemente puesto que si el hijo nace dentro de los plazos establecidos en el artículo 324 del Código Civil, la paternidad tendrá que atribuirse

al marido de ésta última (marido "C"), quien, en un juicio de desconocimiento de paternidad, no podrá oponer más prueba que la de haberle sido imposible tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que dura la gestación, o bien que el embarazo se le ocultó. Además, recordemos que el hijo de una mujer casada no puede ser reconocido por un hombre distinto a su marido sino cuando éste lo hubiere desconocido y por sentencia ejecutoria constare que no es hijo suyo. Conforme a nuestro derecho, por tanto, no sería posible establecer el vínculo paterno-filial con los padres "A", es decir, con los padres genéticos, excepto en los casos que anteriormente se mencionaron.

Por otro lado, si el hijo naciera fuera de los plazos contemplados en el artículo 324 del Código Civil, es decir, antes de ciento ochenta días de haberse celebrado o después de los trescientos de haberse disuelto (o, en su caso, de la separación judicial), sería, en principio, habido fuera de matrimonio. En todo caso, la madre sería aquélla que lo hubiere gestado y, el padre, quien lo reconociere. Ahora bien, si la gestante estuviere casada, no obstante que el hijo naciere antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, el vínculo filial correspondería al marido "C".

Otro caso más complicado es aquél de la fecundación asistida homóloga con el semen del marido "A" que ha fallecido. Si el hijo naciere antes de los trescientos días de la disolución del matrimonio, la filiación sería matrimonial. Sin embargo, como ya lo mencione en el primer capítulo, el semen puede conservarse congelado por mucho tiempo y utilizarse mucho después de los trescientos días

de la muerte del marido "A". En este caso, no obstante la certeza de la paternidad biológica, el hijo sería habido fuera de matrimonio y en ningún caso podría establecerse el vínculo paterno-filial con dicho padre biológico. El eventual reconocimiento hecho por un hombre distinto, podría ser contradicho por la madre, por el Ministerio Público o por quien se viera afectado por las obligaciones derivadas de dicho reconocimiento. En este caso, las pruebas relativas a la fecundación asistida obrarían en contra de quien hubiere reconocido al hijo. El mismo hijo, cuando llegare a la mayoría de edad, podría reclamar en contra del reconocimiento realizado por dicha persona de acuerdo con lo establecido en el artículo 376 del Código Civil que establece que:

Artículo 376: "Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad."

El caso es similar cuando se utilice el semen del marido "A" en los casos de divorcio, con la salvedad de que si el hijo naciere después de los trescientos días de la disolución del matrimonio o de la separación judicial, éste sí podría reconocerlo en caso de que la mujer "A" contrajera nuevas nupcias antes de los trescientos días de la disolución del anterior.

CAPITULO 4

NECESIDAD JURÍDICA PARA QUE SE REGULEN LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PERSONAS NACIDAS POR FECUNDACIÓN ASISTIDA

En atención a que tanto en nuestra ciudad como en algunos Estados de la República, se está practicando la fecundación asistida consideramos que, es de capital importancia que se regulen de manera adecuada los derechos sucesorios de las personas nacidas por fecundación asistida de igual forma a los concebidos de manera natural, para así evitar problemas futuros a los así concebidos y de ésta forma ayudar a las personas que por cualquier motivo no pueden procrear hijos teniendo siempre en cuenta el bienestar y la unión familiar en razón de que uno de los principios del derecho es la seguridad, bienestar social y familiar es por ello que el Derecho Civil en atención a su esencia debe procurar la seguridad en la regulación de los postulados de las instituciones que enarbola.

Por lo anterior, consideramos importante puntualizar lo siguiente.

4.1.- De la Sucesión en General

Tanto la legislación como la doctrina más extendida en la actualidad, en relación a las sucesiones la han dividido básicamente en tres partes: la sucesión

testamentaria, sucesión legítima y disposiciones comunes a la sucesión legítima y testamentaria.

En este trabajo lo que nos interesa es la sucesión legítima y esta se encuentra concentrada en:

- I. "Disposiciones generales;
- II. De la sucesión de los descendientes;
- III. De la sucesión de los ascendientes;
- IV. De la sucesión del cónyuge;
- V. De la sucesión de los colaterales;
- VI. De la sucesión de los concubinos;
- VII. De la sucesión de la beneficencia pública.⁶⁷

De lo anterior se permite observar, que nuestra legislación trata de proteger a todos los miembros que forman una familia; y aquellos como lo es el caso de la beneficencia pública, que como sabemos no es de la familia, pero si una institución que ayuda al ser humano, le brinda apoyo y protección.

La ley reduce el derecho a heredar y les otorga con mayor privilegio a todos los seres que estuvieron en vida más cerca del difunto, quedando reducido a cinco grupos que son, según lo dispone el artículo 1602 del Código Civil los siguientes:

⁶⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 21.

1. Descendientes
2. Cónyuges
3. Ascendientes
4. Parientes colaterales dentro del cuarto grado
5. Concubina o el concubinario

Por otra parte, queda demostrado que a la herencia legítima sólo se tiene derecho por el parentesco de consanguinidad, sin embargo existe una excepción que es el parentesco resultado de la adopción, que como se verá más adelante tiene algunas limitantes.

Con relación al parentesco de consanguinidad, este no presenta ninguna limitación dentro de la línea recta; no obstante ello, en los colaterales es hasta el cuarto grado.

Cabe hacer mención que en todos los casos el legislador ha tratado de proteger y darle preferencia a los hijos, independientemente del estado que guarden los padres de éstos.

En la sucesión legítima, siempre la ley llamará primero a los hijos legítimos, o en su caso a los legitimados, también en caso de que éstos tengan descendientes se les dará ese derecho, porque se encuentra vigente el principio de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos.

Los hijos son los que en primer lugar aparecen y con su presencia anulan el derecho que otros familiares tengan.

4.2.- Regulación de la sucesión legítima en el Código Civil para el Distrito Federal

Nuestro Código Civil vigente establece en su artículo 1281 que por herencia se entenderá:

"La sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte."

Dicho Código establece que todos los bienes que pertenecen al difunto se entenderán destinados a la partición de todos los herederos que vayan a concurrir por derecho legítimo para ser titulares, del derecho a heredar por sucesión legítima.

Esta herencia queda condicionada, ya que puede presentarse de dos formas:

- a) La que se da por la propia voluntad del difunto, a la cual la ley ha llamado testamentaria, y

- b) La que sin mediar la voluntad del difunto la ley la suple y por mejor derecho otorga a sus familiares el derecho a la herencia y la cual es llamada sucesión legítima.

Dentro de la segunda figura, la cual es objeto de nuestro estudio, encontramos que la ley ha determinado en su artículo 1599 a las personas que integrarán la calidad de heredero y así dispone que la sucesión legítima se abrirá:

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

Fuera de los casos mencionados anteriormente, por la ley la herencia queda contemplada en la sucesión testamentaria en la que no se podrá diferir la voluntad expresada por el difunto.

Por lo tanto, la ley determina en el artículo 1602 del Código Civil que 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."

Nuestra legislación vigente al igual que las anteriores excluye la posibilidad de acudir a la sucesión a aquellas personas que tengan parentesco por afinidad con el finado, como lo establece el Código Civil en su artículo 1603:

"El parentesco de afinidad no da derecho de heredar."

Por lo que se refiere al consanguíneo, establece que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, esto en el artículo 1604 del Código Civil:

"Los parientes más próximos excluyen a los más remotos."

En lo que se refiere a los parientes que se encuentran en un mismo grado tendrán derecho a suceder en partes iguales, según lo dispuesto por el artículo 1605 del Código Civil:

"Los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán en partes iguales."

Las disposiciones correlativas a la sucesión de los descendientes, es decir, de primer grado, están totalmente reformadas comparándose con las anteriores; la reglamentación vigente, determina en el artículo 1607 del Código Civil lo siguiente:

Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales.

En los artículos siguientes se determinan las porciones que les corresponde a los herederos:

Artículo 1609: "Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieran renunciado a la herencia."

Artículo 1611: "Concurriendo hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos."

Dentro de las mismas innovaciones a esta legislación se regula el caso del hijo adoptivo, pues como sabemos se reconoce un tercer parentesco: el civil, luego entonces, al aparecer como hijo tiene los mismos derechos que los demás, cabe aclarar que esos derechos que la ley ha otorgado son recíprocos y limitados,

es decir, sólo se establecen entre el padre y él, y en ningún momento se extenderán a otros, así lo establece el artículo 1612 del Código Civil:

“El adoptado hereda como un hijo, pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.”

Al respecto, creo que se debe reformar el presente artículo, ya que como quedó detallado con anterioridad, la adopción simple ya no se encuentra vigente en nuestro Código Civil.

La Ley ha permitido que si los padres adoptantes concurren con los descendientes del adoptado sólo tendrán derecho a los alimentos, esto en el artículo 1613 del Código Civil:

“Concurriendo pares adoptantes y descendientes del adoptado. los primeros solo tendrán derecho a alimentos.”

Cabe preguntarse, por qué si dentro de este parentesco se establecen condiciones para heredar por razón del grado de parentesco que existe entre los herederos y el autor de la herencia, el legislador ha querido que en los demás casos se encuentren las figuras irregulares dentro de un mismo marco jurídico al cual ya le han sido reconocidos igualdad de derechos.

4.3.- El derecho de los hijos de suceder a los padres

Como ya se mencionó al principio de este capítulo, "el parentesco ha sido uno de los móviles centrales que permiten abrir la sucesión legítima y que está supeditada al hecho de la muerte del padre o autor de la herencia para que resulte la transmisión de los bienes a determinadas personas."⁶⁸

Dentro del parentesco, es más común y por disposición legal que se prefiera al parentesco consanguíneo en primer lugar para concurrir a la sucesión legítima donde podemos encontrar desde los hijos, hermanos, padres, abuelos, primos, etc., según lo establece el artículo 1602 en su primera fracción:

"Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario."

Pero para que se presente dicha figura es necesario la no existencia de un testamento en el cual la sola voluntad del difunto difiere la disposición legal.

Otro elemento importante que se presenta para tener derecho a heredar es la capacidad, para lo cual la ley dispone que toda persona que tenga capacidad de

⁶⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 141.

goce puede tener derecho a que se le instituya como heredero, salvo en los casos en que la misma ley declare que no se tiene capacidad y elimine su derecho.

Hoy en día nuestra legislación vigente protege inclusive el ser que ha sido concebido otorgándole el derecho de heredar, es decir, que no sólo tendrá capacidad por el simple nacimiento, sino que desde el momento mismo de la concepción adquiere ya la protección de la ley, éste derecho sólo lo perderá si nace muerto, pues para efectos jurídicos se tendrá como si no hubiera existido y no concebido, lo anterior se encuentra señalado en el artículo 1314 del Código Civil:

“Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o los concebidos cuando no sean viables.”

Al respecto la doctrina mexicana menciona los efectos siguientes, por los cuales la ley considera y reconoce capacidad de goce al hijo en el momento de ser concebido:

1. “Adquirir por herencia o legado,
2. Adquirir por donación,
3. Tener la calidad de hijo legítimo que se determina por el momento de la concepción y no del nacimiento,

4. Tener la calidad de hijo natural nacido de concubinato, pero también se determina por la fecha de la concepción.⁶⁹

La única condición que impone la ley para que se le reconozca su derecho a heredar al momento de la concepción es como ya se mencionó que nazca viable, es decir vivo.

No sólo la legislación actual ha pugnado porque los hijos tengan derecho a la sucesión de sus padres, pues encontramos en los antecedentes de la civilización romana que a su vez distinguían tres tipos de herederos:

- I. "*Heredes sui*, sujetos a la patria potestad del pater que fallecía y que por ese hecho quedaba *sui iuris*.
- II. *Herederos voluntarios*, los extraños señalados por testamento del pater, ajenos a la familia.
- III. *Herederos necesarios*, el esclavo cuando su dueño no tenía otros herederos y se requería de que alguno cuidara del culto familiar, heredar era obligatorio.⁷⁰

En el caso en estudio, se puede ver que en nuestra legislación no se menciona de manera expresa que se tratara de hijos que se encuentren bajo la

⁶⁹ Idem, p. 21.

⁷⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit. p. 261.

patria potestad del padre, pero si menciona directamente a los descendientes, es decir, a los hijos.

Ahora cuando surge una mezcla del derecho romano con el germánico se deriva de un deber natural de los padres para dejarles bienes a los hijos, por la razón de que muchas veces los hijos ayudaban en la adquisición o simplemente por el cuidado de estos.

Todo esto siempre ha tenido como fin, el mantener una estructura económica sólida llamada familia.

Estas ideas pasaron a nuestra legislación que, en forma reiterada con el transcurso del tiempo sigue en el mismo concepto de mantener en primer término el derecho que tienen los hijos por encontrarse en un status familiar sancionado por el derecho de suceder a sus padres.

Este pensamiento ha llegado al grado que dentro de las reformas que se han realizado, ahora no sólo les concede el privilegio de concurrir en primer término sino que además por la cercanía en la que se encuentran respecto del autor de la herencia logran excluir, a los más lejanos.

4.4.- Problemática de la Fecundación asistida en sus diversas modalidades, frente a la sucesión legítima

Iniciaré este tema precisando los posibles problemas a que se enfrentan figuras jurídicas como la sucesión legítima, ante las innovaciones y cambios que trae consigo la vida moderna, tales como la fecundación asistida en sus diferentes aplicaciones.

Ya anteriormente se había señalado, que uno de los principios más importantes dentro de la relación paterno-filial, es la existencia de un nexo biológico entre padres e hijos, porque de él, nacerán los derechos y deberes recíprocos entre dichos sujetos, y lógicamente entre los derechos a los que me refiero se encuentra el sucesorio, según el cual, tratándose de la herencia legítima, los familiares consanguíneos en línea recta y muy especialmente los descendientes, ostentan el derecho prioritario para suceder al de cujus en todos los deberes, obligaciones y derechos que impliquen el ser titular de un patrimonio.

Tal como lo señala el encabezado de éste apartado, me interesa resaltar la problemática que a nuestro juicio pueda surgir con la práctica de la fecundación asistida, ante los principios de la sucesión legítima, por ser ésta una de las figuras jurídicas que se ve relegada con la aplicación de los avances científicos en materia de reproducción humana. Se hace este comentario en virtud de que el Código Civil en su artículo 1602 establece, quiénes son las personas que por sucesión legítima heredarán al de cujus. De dicho artículo se entiende que los

llamados a suceder al titular de la herencia, serán aquéllas personas que lleven su sangre.

Lo anterior me hace reflexionar, acerca de las múltiples situaciones que se presentan, con la práctica de la fecundación asistida que repercuten en la esencia de la sucesión legítima.

Desde luego, que también es importante analizar detenidamente, hasta qué punto la reglamentación del Código Civil vigente, puede responder o dar solución a las posibles situaciones que tengan verificativo con la aplicación de la reproducción asistida.

Se hace este comentario, en virtud de que se presentan situaciones en donde tratándose de la sucesión legítima, los hijos del de cujus no son consanguíneos de este o de igual forma si se viola el secreto del nombre del donador del semen, lo que nos hace dudar si dichos hijos tendrán derecho a la herencia de su padre o madre, ya que está contradiciendo, en el primer caso, el principio de que sólo puede haber herencia legítima por consanguinidad o por adopción. En este caso considero más importante el bienestar y la seguridad del menor (es por eso que la ley debe regular dichos casos, ya que deben de tener derechos y obligaciones recíprocos aunque no sean parientes consanguíneos), es por ello que considero de poca relevancia el hecho de que se contradiga el principio señalado, ya que lo importante es que dicho niño fue reconocido por su padre o por su madre según sea el caso, y aunque no existen lazos de

consanguinidad, ese hijo quedará investido con todos los derechos propios de un hijo biológico, tal como lo señala el artículo 389 del Código Civil en vigor:

“El hijo reconocido por el padre, la madre o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.”

Respecto al segundo caso, en el que se viole el secreto del donador del semen, el hijo también tiene derecho a heredar de dicho padre biológico ya que como se vió anteriormente, el Código Civil vigente establece que por sucesión legítima tienen derecho a heredar en primer lugar los descendientes.

Como ya lo he mencionado, es importante establecer si el Código Civil responderá ante todos los casos en que la fecundación asistida origine conflictos interpersonales como ya quedó establecido en el capítulo anterior y en párrafos anteriores, dando solución a los mismos, y en aquellos en los que no existieran preceptos que contemplen una posible solución para situaciones sin precedentes, entonces se hace necesaria la modificación al Código Civil en aquellas materias que lo requieran. Esta sugerencia está plenamente justificada, si nos remitimos a uno de los cometidos por lo que fue creado dicho ordenamiento, ya que manifiesta

en su exposición de motivos entre otras muchas ideas la que a continuación transcribo textualmente:

"Para legislar no debe tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarreará gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar; porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir."⁷¹

El contenido de éste pequeño párrafo de la exposición de motivos del Código Civil, da las bases necesarias para invitar al legislador a crear nuevas disposiciones en materia de derecho familiar, que contemplen la fecundación asistida como método terapéutico.

Lo anterior se apoya en el consentimiento de las partes que intervienen en el procedimiento de la reproducción humana asistida, ya que con base en ese consentimiento podrían justificarse jurídicamente, diversas situaciones en materia de derecho familiar, que no existían cuando las leyes que nos rigen actualmente fueron creadas.

⁷¹ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. p. 213.

Como ya se ha señalado, existen situaciones en las que dada la práctica de la fecundación asistida, se originan acontecimientos que sí pueden regularse en la legislación vigente en materia civil, pero qué pasa cuando se presentan situaciones que no pueden ser reglamentadas conforme a derecho, como es el caso de la fecundación asistida *post-mortem* (de la que debo decir que es una inseminación homóloga que se lleva a cabo después de que fallece el marido), cuando se viola el secreto del nombre del donador del semen, la maternidad subrogada, entre otros que ya se mencionaron en la parte última del capítulo anterior. El primer caso en particular, cobra relevancia en materia de sucesiones, ya que el Código Civil en su artículo 324 establece los términos dentro de los cuales deberá nacer un niño para que se considere como hijo de matrimonio, siendo estos de ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio o trescientos días después de disuelto el vínculo o haber fallecido el marido, de ahí que tratándose de una inseminación *post-mortem*, la viuda tiene que demostrar fehacientemente que ese hijo lo es también de su difunto esposo, ya que ella fue inseminada con esperma congelado de éste, mismo que se obtuvo antes de que falleciera. Aquí se presenta un caso complicado, ya que ese hijo no nacerá dentro del término de trescientos días contados a partir de la muerte del marido, sin embargo se tendría como prueba la aceptación de manera expresa y por escrito del de cujus que aceptaba el sometimiento de su mujer a las técnicas de fecundación asistida.

Lo anterior da la pauta para entender que el Código Civil tiene que ser modificado en cuanto a las reglas de sucesión se refiere, ya que en el caso que

hemos citado, aún cuando el hijo es genéticamente del marido, jurídicamente está naciendo fuera de matrimonio, aunque de acuerdo con los fines de la fecundación asistida, no es recomendable la fecundación post-mortem y pienso no se debe autorizar ya que el niño debe nacer dentro de matrimonio o concubinato y en este caso le faltará el padre.

Desafortunadamente, el problema en materia de sucesiones que trae consigo la inseminación post-mortem, no queda ahí, ya que el artículo 1314 establece que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

Pese a lo anterior, considero que debe valorarse más el bienestar de un niño concebido en esas circunstancias y por lo tanto se debe inclinarse por el reconocimiento que se haga a favor del hijo del difunto, hecha por éste y otorgarle todos sus derechos como hijo de matrimonio siempre que la inseminación se hubiere llevado a cabo estando ambos padres vivos. Sin olvidar que en un futuro próximo debe modificarse el Código Civil en la materia de sucesiones, para evitar contradicciones como la ya planteada.

Por otro lado, considero necesario que la disposición contenida en el artículo 389 del Código Civil en vigor, en la que se establecen los derechos que debe tener un hijo reconocido, tiene que hacerse valer en aquellos casos en los que se haya practicado alguna clase de reproducción asistida, misma en la que

después de haber nacido el niño se presente la figura jurídica del reconocimiento del hijo.

Aún cuando la legislación actual en materia de derecho familiar, dé soluciones a algunas de las situaciones que se presentan con el uso de la fecundación asistida, otras tantas de estas situaciones quedan sin respuesta, o por lo menos crean la duda de cuál será el procedimiento a seguir para reglamentar cada caso en particular, como se ha establecido en la parte final del capítulo anterior.

Con relación a la situación de que se viole el secreto del nombre del donador del semen, creo que el niño nacido por fecundación asistida debe tener derecho a investigar cuál es su verdadero origen, es decir, establecer la relación paternofilial, sólo en los casos en que sea abandonado al momento de su nacimiento o sea desconocido por sus padres legales y debe de tener en todos estos casos derecho a sucederles en la herencia, independientemente de los delitos en que pudieran incurrir las personas que se cometieron al procedimiento de la fecundación asistida. Así lo establece nuestro Código Civil, el cual menciona que tienen derecho a heredar por sucesión legítima los descendientes en primer lugar, y no habría lugar a dudas que son parientes consanguíneos de sus padres genéticos ya que tendrían como pruebas los antecedentes médicos de la fecundación asistida.

Por lo que respecta a la maternidad subrogada conforme a nuestro derecho vigente no existen derechos ni obligaciones derivados del parentesco genético entre la aportadora del óvulo y el nuevo ser, de aquí la necesidad de adecuar las normas jurídicas que determinan la filiación, para prevenir los alcances jurídicos de esta nueva figura, ya que no es justo negar el derecho a la herencia que tienen los hijos biológicos, nacidos a través de la maternidad subrogada, por el sólo hecho de que la ley no prevé que la maternidad no basta comprobarla con el parto.

Por otro lado es de suma importancia determinar si legalmente puede llevarse a cabo un contrato de esa naturaleza, en donde se está poniendo en juego el futuro de un niño, ajeno a todas estas maquinaciones que rodean su concepción y nacimiento.

4.5.- La necesidad de crear un título especial en el Código Civil para el Distrito Federal que regule la Fecundación Asistida

En varias ocasiones, he reiterado que los avances técnicos y biológicos en materia de reproducción humana, tienen actualmente una fuerte repercusión en el campo de lo jurídico, por lo que provocan el surgimiento de situaciones novedosas, que al no tener ningún antecedente, están fuera de cualquier reglamentación existente en nuestro derecho.

Cabe señalar, que si nuestras leyes fueron creadas hace ya muchos años, es evidente que no van a contemplar situaciones o acontecimientos que en la época de su creación no existían, pues las necesidades de la sociedad a la que servían eran otras. Sin embargo, estamos conscientes de que el derecho no debe permanecer estático, y que tiene que ir a la par de las transformaciones y necesidades de la sociedad a la que rija; no solamente en lo que a derecho familiar se refiere, sino que se tomen en cuenta desde ahora, su posible repercusión en otras áreas de nuestra legislación, tales como el derecho penal, para determinados casos en que ciertas conductas relacionadas con la reproducción asistida, puedan constituir algún delito.

Las figuras jurídicas, que a nuestro juicio requieren de una renovación en sus principales lineamientos para dar lugar en ellos a la fecundación asistida, son principalmente: el derecho penal, el matrimonio, la paternidad, la filiación, el divorcio y las sucesiones.

Debo aclarar, que no es mi intención profundizar en cada uno de estos temas, en atención a que el punto fundamental de este trabajo, está dirigido al estudio de la sucesión legítima, sin embargo, no podemos pasar desapercibido, el hacer algún comentario sobre las figuras jurídicas ya citadas, que de una u otra forma están relacionadas con la sucesión legítima.

Como se ha señalado con anterioridad, es de suma importancia que los legisladores se aboquen al estudio de las posibles repercusiones de la

fecundación asistida en el derecho familiar y no esperar a que se presenten conflictos interpersonales que están fuera del alcance del derecho que actualmente nos rige.

La petición de éste trabajo, está basada fundamentalmente en la exposición de motivos del Código Civil vigente, ya que en ella los legisladores expresan lo siguiente:

“El cambio de las condiciones de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.”⁷²

Con relación a esto hay varios autores que opinan que efectivamente sí es necesaria una adición, una reforma al Código Civil o incluso otros llegan a afirmar que es necesario la creación de un Código Familiar que regule todos los aspectos que hemos señalado en el presente trabajo y que repercuten finalmente en el individuo y en su núcleo familiar.

Tal es el caso de Ruggiero al establecer que:

⁷² GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Op. Cit. p. 176.

"El derecho familiar se asoma al mundo jurídico con independencia, apoyado en principios propios, particulares, característicos de su objeto de estudio y protección."⁷³

"Asimismo, durante la celebración del primer Congreso Nacional sobre Derecho Familiar, se propuso un anteproyecto de Código Familiar para el Distrito Federal, en donde sus instituciones eran tratadas con estricto apego a la realidad social y atendiendo a la generalidad de los casos y al mismo tiempo quedó bien establecido que México necesita la promulgación de un Código Familiar."⁷⁴

De igual forma el maestro José Barroso Figueroa opina lo siguiente:

"El objeto de estudio del derecho familiar: las relaciones de sus miembros, pierden su individualidad y son reguladas en conjunto, como un grupo, a diferencia del derecho civil, donde su contenido: las relaciones personales, atienden sus propios intereses al margen de la colectividad."

De la misma manera la Licenciada Laura Beatriz Guiza Cabrera, establece en su tesis que "no existe en la actualidad norma alguna que regule la fecundación in vitro y mucho menos en el caso de la maternidad subrogada por lo que es necesario regularla, porque aunque en nuestro país las consecuencias no han

⁷³ RUGGIERO, Roberto. Tratado Elemental de Derecho Civil. 10ª edición, Trad. de Manuel Cajica, Edit. Cajica, México, 1982, p. 132.

⁷⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 139.

llegado todavía a los tribunales, es necesario asimilar su presencia y ponderar la posición de la madre biológica para que sea ésta la madre jurídica también.”

Por último el maestro Ernesto Gutiérrez y González manifiesta que:

“En vista de lo que antes expongo, que son como puede entender fácilmente el lector alumno, casos que no tienen nada de extraordinario que se pueden dar en la realidad, y que como también apunto tengo noticias de varios que se han presentado, ponen en verdad a las vigentes leyes con 60 años de atraso, y esto es lo que digo en el apartado 493, que debe cuidar el legislador: mantener las leyes al día, y no dedicarse sólo a aprobar los proyectos que le remite el titular del Poder Ejecutivo; estar pendiente de los cambios sociales, y tener la vista puesta en el porvenir, a efecto de satisfacer las necesidades y problemas sociales que se van creando, antes de que lleguen a tal magnitud que se genere el escándalo público, y se hayan cometido múltiples injusticias.”⁷⁵

A continuación, presentaré un ensayo en el que se destacarán los principales lineamientos de mi propuesta, basándonos en las repercusiones de la fecundación asistida en el derecho; todo esto, con la finalidad de que en un futuro cercano se elabore una legislación adecuada a la materia de fecundación asistida: considero pertinente que ésta se anexe al Código Civil, en el Libro Primero del Título Séptimo del mismo, en el que se encuentra lo relativo a la paternidad y

⁷⁵ GUIZA CABRERA, Laura. Aspectos Jurídicos y Éticos de la Fecundación in vitro. 3ª edición. Edit. Sista, México, 1999. p. 206.

filiación, pero no como un Título independiente, sino que se le numerará como el Título Séptimo Bis, ya que la materia en él contenida, está estrechamente ligada con los temas ya señalados, por éste motivo, la numeración que daremos a los artículos que se proponen, dará continuidad a lo que marca el último artículo del citado Título Séptimo, haciendo la aclaración de que sólo estoy externando mi opinión de cómo podría elaborarse una legislación en materia de reproducción asistida, por lo que puede tener errores, además de que dicha función de legislar le corresponde al Congreso de la Unión.

Primeramente, considero importante que sea creado un Título especial que trate exclusivamente a la fecundación asistida, denominándolo como sigue:

TÍTULO SÉPTIMO BIS

CAPÍTULO I

De la fecundación asistida Lineamientos generales

Artículo 410 G. Para los efectos de este Título, se entiende por fecundación asistida, el depósito de los espermatozoides del hombre en el aparato genital de la mujer, así como la unión del óvulo con el espermatozoide llevada a cabo por cualquier técnica, sin efectuar, contacto sexual.

Artículo 410 H. En ningún caso y bajo ninguna circunstancia se autorizará el uso de la fecundación asistida denominada post-mortem, (que es la que se lleva a cabo con el espermatozoides del marido o concubinario fallecido), a persona alguna.

La práctica de la inseminación tendrá como única finalidad, la de lograr la concepción de un embrión humano y por ende un embarazo a término, que permitan a una pareja con problemas para reproducirse, la posibilidad de perpetuar la especie, mediante la conservación del núcleo familiar.

Artículo 410. I. La realización del tratamiento de reproducción, deberá llevarse a cabo en las instituciones hospitalarias tanto públicas como privadas, que para tales fines, sean autorizadas por la Secretaría de Salud, a fin de que cuenten con el personal especializado y el instrumental técnico apropiado, para llevar a cabo este tratamiento.

Artículo 410 J. Serán autorizadas para someterse a esta práctica, las parejas que tengan problemas para reproducirse, y deseen concebir un hijo sometiéndose a algún método de fecundación asistida, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en éste título. Entre las personas a que se hace referencia en este artículo se encuentran:

- I. Las parejas unidas en matrimonio, que tengan problemas por reproducirse, y;
- II. Los concubinos, que tengan una vida en común no menor de dos años, y que hayan intentado procrear hijos sin haber tenido éxito.

Artículo 410 K. Los cónyuges o concubinos que deseen someterse a un tratamiento de fecundación asistida, deberán reunir los requisitos establecidos en los artículos que preceden.

Artículo 410 L. Deberán obtener autorización del director de la unidad hospitalaria en donde se está tratando el caso. En dicha autorización constará de manera fehaciente, que efectivamente, la pareja requiere ser sometida a un tratamiento de fecundación asistida, por estar imposibilitados uno de ellos o ambos, para procrear hijos.

La autorización a que hace referencia el párrafo anterior, se les entregará a los solicitantes, una vez que se hayan sometido a los estudios necesarios en cada caso, para determinar con claridad en qué consiste la imposibilidad física que sufre la pareja para reproducirse.

Además de los estudios físicos a que deben someterse los solicitantes, deberán practicárseles estudios psicológicos, socioeconómicos y demás que juzgue conveniente el médico tratante, con la finalidad de tener un conocimiento pleno del caso, que permita determinar si son o no personas aptas para concebir un hijo por medio de la fecundación asistida.

Artículo 410 LL. Las parejas que se sometan a este tratamiento deben ser previamente informadas por el médico tratante, de cuáles son los riesgos y las posibles consecuencias del mismo, tales como un embarazo no logrado o no

llevado a término, embarazos múltiples, malformaciones congénitas en el producto, etc. Debiendo otorgar su consentimiento en términos del artículo 410 M de este Código.

Artículo 410 M. Los solicitantes de estas técnicas deberán manifestar su consentimiento para someterse al tratamiento de reproducción asistida, por escrito firmando y estampando en el documento su huella digital, por lo que se obligan a recibir al hijo en el estado en que se encuentre al nacer, con sus consecuentes obligaciones.

Artículo 410 N. La identidad de los solicitantes, deberá guardarse confidencialmente en los archivos del hospital en donde se lleve a cabo la inseminación, conociéndola únicamente el médico tratante y el personal especializado, que intervenga en el caso, sin que por ningún motivo el donador tenga acceso a esta información, evitando así que ambas partes se conozcan.

CAPITULO II

De los donadores

Artículo 410 Ñ. Pueden ser donadores en la fecundación asistida, cualquier persona que desee serlo, y que además de tener capacidad jurídica, cumpla con todos los requisitos físicos y psicológicos que se necesiten para llevar a cabo la reproducción asistida en las mejores condiciones posibles.

Las personas que intervengan como donadores en el tratamiento de fecundación asistida, por ningún motivo deberán ser retribuidos económicamente, ya que su participación como donadores, debe ser sólo con fines altruistas y de ayuda a la ciencia médica.

Artículo 410 O. Quedan incluidos en lo señalado en el artículo anterior, las mujeres contratadas para la maternidad subrogada o para el alquiler de su vientre, casos en los cuales se les deberá pagar solamente los gastos médicos y de hospitalización que origine el embarazo y el parto. Considerando los servicios prestados por dichas personas como donación de servicios, con fines altruistas.

Artículo 410 P. La identidad de los donadores, debe guardarse rigurosamente y como en el caso de los solicitantes quedarán antecedentes de ellos en los archivos del hospital, conociéndola únicamente el médico y el personal especializado, que tomen parte en el tratamiento.

Artículo 410 R. Para los casos en que se viole el secreto de la identidad de los solicitantes y donadores a que hacen referencia los artículos 410 N y 410 P, se dará vista al Ministerio Público a fin de que se hagan las investigaciones correspondientes y sean castigados los responsables, de acuerdo con la Ley de la materia.

Artículo 410 S. Los donadores deben ser informados previamente, de que no se les dará ninguna información sobre los resultados del tratamiento, por lo que

renuncian a todos sus derechos sobre el producto de la inseminación. Excepto en el caso en que se viole el secreto de su nombre y llegue a conocimiento del hijo, cuando este sea desconocido por su padre o sea abandonado en el momento de su nacimiento.

Artículo 410 T. Los embriones donados que no hayan sido utilizados en la fecundación asistida, en un período de cinco años, deberán descongelarse y dejar que se degeneren naturalmente, sin que puedan destinarse a la investigación, experimentación u otros fines.

CAPÍTULO III

De los hijos nacidos por fecundación asistida

Artículo 410 U. Para los efectos de este capítulo, se consideran como hijos concebidos por fecundación asistida, todos los niños que no sean producto de la cópula carnal entre sus progenitores y que en su concepción haya intervenido un médico, utilizando instrumentos especiales para lograr la fecundación del óvulo.

Artículo 410 V. El hijo concebido por fecundación asistida gozará de todos los derechos propios de un hijo consanguíneo, no se hará distinción entre unos y otros en lo que al goce de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones se refiere. Por lo que el hijo habido por fecundación asistida, debe ser integrado a la familia de sus padres legales, como si existiera entre ellos un parentesco

consanguíneo, por lo que se le atribuirán los derechos y las obligaciones propias de un hijo de sangre.

Artículo 410 W. Se presumirá como padre de un niño concebido por medios artificiales, al esposo o concubinario de la mujer que haya solicitado someterse al tratamiento de fecundación asistida, siempre que aquel haya manifestado su consentimiento por escrito con su firma y huella digital, sin importar la clase de inseminación empleada, en términos del artículo 410 M de este Código.

Artículo 410 X. Para los efectos de este capítulo, los conceptos de paternidad y maternidad, se tratarán por separado, en atención a la separación que de ellos se hace en la práctica de la reproducción asistida.

Artículo 410 Y. El consentimiento a que se hace referencia en el artículo 410 W, debe manifestarse de igual manera, tratándose de la mujer a la que se atribuirá la maternidad de un hijo concebido por fecundación asistida.

Artículo 410 Z. Se presume como madre de un niño concebido por fecundación asistida, a la mujer que le dé a luz, aún cuando la técnica empleada para procrearlo sea la fertilización in vitro, o la donación de gameto femenino. siempre y cuando, la mujer solicitante haya manifestado su consentimiento en los términos establecidos en los artículos 410 M y 410 W de este Código.

Quedan exceptuadas de la presunción a que hace referencia el párrafo anterior, las mujeres que donen sus servicios como madres subrogadas o gestantes sustitutas para llevar a cabo la gestación del nuevo ser, en cuyo caso la maternidad será atribuida a la mujer donataria.

Artículo 410 Z Bis. Los hijos concebidos por fecundación asistida, no tendrán en relación con los donadores ningún derecho, ni obligación que los vincule con ellos, por lo que no podrán hacerlos valer en ningún tiempo y bajo ninguna circunstancia. Excepto en el caso en que se viole el secreto del nombre del donador, cuando sea abandonado al momento de nacer o sea desconocido por sus padres legales, en cuyos casos podrá el hijo reclamar la paternidad o maternidad de sus padres naturales.

CAPÍTULO IV

De los derechos y obligaciones de los donadores

Artículo 410 Z Ter. La identidad de los donadores debe ser anónima, para la pareja que solicite sus servicios, ya que únicamente la conocerán el médico encargado del caso y el personal autorizado para colaborar en el proceso de la donación, pues al finalizar éste, la información debe guardarse confidencialmente en los archivos del hospital.

Artículo 410 Z Quáter. Ningún donador, podrá reclamar la paternidad o maternidad del niño habido a través de su donación, por lo que renuncian a éste

derecho, desde el momento en que manifiestan su consentimiento para ser donadores, a través del cual se suspenderá para ellos su derecho a la Patria Potestad, en términos del artículo 447 fracción IV de este Código.

Artículo 410 Z Quintus. Las personas que deseen ser donadores, deberán reunir los requisitos de salud necesarios, tanto físicos como psíquicos, para ser seleccionados como donadores, además de cumplir con todos los requerimientos solicitados por el médico que conozca del asunto, tales como análisis clínicos, estudios médicos, etc. Sin objetar el hecho de que dichos estudios se realicen en varias ocasiones, con el fin de evitar algún error en los resultados obtenidos en la primera muestra y no se vaya a transmitir alguna enfermedad al niño producto de la fecundación asistida.

Artículo 410 Z Sextus. Los donantes, se obligan a no realizar ninguna gestión que los conduzca a averiguar la identidad de la pareja que solicitó su donación, por lo que su participación en el proceso de la inseminación, se limitará a lo que el médico encargado del caso lo requiera.

4.6.- Propuesta de reforma y adición a los artículos del Código Civil para el Distrito Federal relacionados con la sucesión legítima y con la fecundación asistida.

Finalmente hemos llegado a la última parte de nuestra propuesta, en la cual señalaré las modificaciones que a mi juicio, deben hacerse a ciertos artículos del Código Civil, principalmente tratándose del tema de sucesiones, integro a estas modificaciones el tema de la fecundación asistida, con la finalidad de que en un futuro próximo, éste tema sea incluido en la elaboración de una legislación apropiada a la materia. Debo aclarar que no se pretende que el contenido de éste trabajo de tesis, sea la solución idónea a la problemática que se ha planteado, simplemente deseo que estas reflexiones, motiven a los verdaderos legisladores para que sean ellos los encargados de elaborar una normativa acorde a las necesidades que traiga consigo esta práctica, y que de esta forma se protejan los derechos de todas las personas implicadas en esta problemática.

Antes de introducirnos a la propuesta señalada, debo mencionar que desde mi punto de vista, los hijos concebidos por medio del empleo de cualquier método de inseminación artificial, deben ser integrados a la familia de sus padres legales como si se tratara de hijos consanguíneos, que lo mismo tienen derecho entre otras cosas a heredar a sus padres que a sus abuelos en caso de que los primeros falten, por lo que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia debe dárseles a aquellos un trato diferente.

Hago este comentario, apoyándome en el hecho de que al traer un hijo al mundo en circunstancias tan complicadas, implica una mayor responsabilidad para las parejas que deciden someterse a algún tratamiento de reproducción asistida, y no porque el concebir un hijo de manera natural sea menos importante, sino porque las parejas que tienen problemas para la reproducción, agotan todos los recursos a su alcance para poder tener un hijo, es decir, que aún cuando la concepción de ese niño pudo no llevarse a cabo, las parejas aceptan correr el riesgo que trae consigo la fecundación asistida y se someten a ella, por lo que no sería justo que además de estas complicaciones, todavía se le limitaran sus derechos a los seres humanos concebidos en esas circunstancias tan especiales.

Es importante señalar, que apoyo la práctica de la fecundación asistida en parejas de concubinos, ya que desde mi punto de vista, el acto del matrimonio no garantiza que la convivencia familiar sea mejor por el hecho de que la pareja esté unida legalmente, además debemos de aceptar al concubinato como una realidad existente en nuestra sociedad, por lo que no es posible negarles a este tipo de parejas la oportunidad de formar una familia aún con el empleo de la reproducción asistida, ya que en muchas ocasiones estas parejas viven en un ambiente familiar que es ideal para el pleno desarrollo de un niño.

Como único requisito para que los concubinos tuvieran acceso al uso de cualquier método de fecundación asistida, sería que al tiempo de llevarla a cabo, se comprobará que ya han tenido una vida en común de dos años como mínimo, tal como lo señala el artículo 291 Bis del Código Civil, lo que, aunque no nos

garantiza que esa pareja tenga todas las cualidades requeridas para ser buenos padres de un hijo concebido por fecundación asistida, se nos presenta un panorama de que son personas que ya tienen una estabilidad como pareja y no una relación pasajera. Con lo anterior también estaríamos dándole al concubinato la importancia que actualmente tiene en nuestra sociedad y el reconocimiento que tiene por parte de la Ley, que de ninguna manera debemos negarle.

Para dar inicio al proyecto de reformas del Código Civil del Distrito Federal, debo señalar un caso en particular, que de presentarse daría lugar a la modificación de ciertas reglas en materia de sucesiones, me refiero concretamente a la fecundación asistida en el supuesto de que se viole el secreto del nombre del donador; a continuación citaré algunos artículos que a mi juicio requieren de ciertas modificaciones para dar cabida a situaciones como la que acabo de señalar, anotando los artículos indicados, y destacando en ellos con letra cursiva, la modificación que podrían tener con relación al tema de la sucesión legítima. cabe señalar que transcribiré íntegramente cada artículo para dar paso a los textos que presento como proyecto de reformas y que en algunos casos serán anexados al contenido original de cada artículo.

LIBRO PRIMERO

De las personas

TÍTULO PRIMERO

De las personas físicas

Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. *Esta disposición también se aplicará a los concebidos por cualquier método de fecundación asistida, aún en el caso de que no se encuentre en el útero materno por tratarse de una inseminación in vitro.*

Artículo 60. El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.

Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.

Tratándose de un hijo que haya nacido como resultante de una madre gestante sustituta, la maternidad de ese niño corresponderá a la mujer que contrató a la primera para llevar a cabo el embarazo, ya que la mujer contratante será la que presente al niño ante el registro civil, aceptando con este hecho su maternidad. En el caso de la maternidad subrogada, la maternidad será atribuida a la esposa o concubina del padre de ese niño, quien se incorporará a dicha pareja considerándose a la mujer como progenitora de ese hijo.

La investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este Código.

Además de los nombres de los padres, se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio.

Artículo 60 Bis. Para los efectos de este capítulo, se considera madre gestante sustituta, a aquélla mujer que proporcionó su útero para llevar a cabo la gestación de un óvulo fecundado que no es suyo, mientras que la madre subrogada, es aquélla que proporciona tanto su óvulo como su útero para llevar a término el embarazo. Por otro lado la mujer contratante es aquélla que conviene en usar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, dependiendo del caso en particular.

Artículo 63. Se presume, salvo prueba en contrario, que un hijo nacido en matrimonio es hijo de los cónyuges, salvo los siguiente casos:

- I. *Que el marido, haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.*
- II. *Que la mujer haya sido contratada para fungir como madre gestante sustituta o subrogada, en cuyo caso se tendrá como padre de ese niño al marido o concubinario de la mujer contratante, a quien en términos del artículo 60 de este código, le corresponderá la maternidad.*

TÍTULO SÉPTIMO

De la filiación

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.
- III. *Los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de fecundación asistida, aún cuando nazcan después de los trescientos días a que hace referencia la fracción anterior, siempre y cuando se compruebe fehacientemente, que ambos cónyuges otorgaron previamente su consentimiento en la forma que lo establece el artículo 410 M de este Código para que la inseminación se llevara a cabo y aunque el hijo no tenga nexos biológicos con uno o ambos cónyuges.*

Artículo 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, en sus fracciones I y II, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente

imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer. *Salvo que se compruebe de manera indubitable, que la pareja recurrió al empleo de algún método de fecundación asistida, en el que por su técnica no requiere el acceso carnal de los cónyuges, siempre que el marido haya otorgado previamente su consentimiento para que la reproducción asistida se llevara a cabo.*

Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, *aún cuando no tengan con él ningún nexo biológico, siempre que haya otorgado su consentimiento con las formalidades que establece el artículo 410 M de este Código, para que su cónyuge se sometiera a dicho tratamiento.*

Artículo 327 Bis. El marido no podrá desconocer que el hijo es de su matrimonio si se demuestra que la esposa fue sometida a cualquier método de fecundación asistida, aún cuando nazca después de los trescientos días a que

hace referencia el artículo 324, siempre que haya otorgado su consentimiento para que su cónyuge fuera sometida a dicho tratamiento, lo anterior siempre y cuando la mujer permanezca libre de un nuevo matrimonio o de concubinato.

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 dicha acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de métodos de fecundación asistida a su cónyuge y existan pruebas indubitables de dicho consentimiento.

CAPÍTULO IV

Del reconocimiento de los hijos

Artículo 360. La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare, a excepción de que ésta haya sido contratada para fungir como madre gestante sustituta o madre subrogada, pues en tal caso, se presumirá como madre legal de ese niño a la mujer contratante, y el hijo habido será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad.

Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo; *o en los casos en que la mujer haya prestado sus servicios como madre gestante sustituta o subrogada, siempre que el esposo de ésta, haya manifestado su consentimiento para que su cónyuge sea sometida a dicho tratamiento y que dicho consentimiento lo haya expresado con las formalidades que establece el artículo 410 M de este código, por consiguiente, se presumirá como padre de ese niño, al varón de la pareja que contrató a la mujer para que prestara sus servicios como madre suplente.*

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

- I. Los nacidos dentro del concubinato;
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina;
- III. *Los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de fecundación asistida, aún cuando nazcan después de los trescientos días a que hace referencia la fracción anterior, siempre que se demuestre fehacientemente que el concubino y la concubina otorgaron previamente su consentimiento con las formalidades que establece el artículo 410 M de este Código, para que la inseminación se llevara a cabo y aunque el hijo no tenga nexos biológicos con uno o ambos cónyuges.*

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

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.
- IV. Los demás que se deriven de la filiación.

Tratándose de la fecundación asistida, se tendrá al hijo como reconocido por su padre, siempre que la madre demuestre que fue inseminada con semen de su cónyuge y que previamente otorgó aquél su consentimiento para que su esposa se sometiera a la fecundación asistida, en términos del artículo 410 M de este Código.

TÍTULO OCTAVO

De la patria potestad

CAPITULO III

De la pérdida; suspensión y limitación de la patria potestad

Artículo 447. La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia LA Ley de Salud y de

las ilícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;

- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. *En los casos de los donadores en la fecundación asistida por el simple hecho de otorgar su consentimiento para tal efecto, en términos del artículo 410 M de este Código.*

Artículo 447 Bis. La suspensión a que se refiere la fracción V del artículo anterior cesará cuando el menor sea abandonado, o desconocido por los padres legales, pudiendo solicitar los padres biológicos en estos casos la reanudación de la patria potestad sobre dicho menor.

LIBRO TERCERO

De las sucesiones

TÍTULO SEGUNDO

De la sucesión por testamento

CAPITULO III

De la capacidad para heredar

Artículo 1314. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto por el artículo 337.

Quedan exceptuados de la disposición contenida en este precepto, los concebidos por cualquier método de fecundación asistida, aún en el caso de que no se encuentren en el útero materno en el momento de la muerte del de cujus, siempre que exista el consentimiento previo del autor de la herencia, manifestado con las formalidades requeridas por el artículo 410 M de este código para llevar a cabo la concepción artificial que requiera el caso.

TÍTULO CUARTO

De la sucesión legítima

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

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 éste caso los requisitos señalados en el artículo 1635. *Gozarán también del derecho consagrado en ésta fracción, los descendientes no nacidos, que hayan sido concebidos por cualquier método de*

reproducción asistida, y aunque no se encuentren en el útero materno al momento de la muerte del autor de la herencia, siempre que se compruebe fehacientemente que éste otorgó su consentimiento en la forma que señala el artículo 410 M de este Código, para que la fecundación asistida se llevara a cabo.

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

CAPITULO II

De la sucesión de los descendientes

Artículo 1609 Bis. Los descendientes concebidos como resultado del empleo de cualquier técnica de fecundación asistida, tienen derecho de sucesión, con respecto de sus padres legales, aún cuando entre aquél y éstos no existan nexos biológicos. De igual forma tienen derecho de sucesión, respecto de sus padres biológicos cuando se viole el secreto del nombre del donador, sea desconocido por sus padres legales o, sea abandonado al momento de su nacimiento.

TÍTULO QUINTO

Disposiciones comunes a las sucesiones testamentarias y legítimas

CAPITULO I

De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta

Artículo 1638. Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del Juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo. *De igual manera, deberá dar aviso cuando se trate de un hijo concebido por técnicas de fecundación asistida, siempre que compruebe fehacientemente, que el autor de la herencia otorgó su consentimiento en la forma que establece este Código, para que la fecundación asistida se llevara a cabo.*

Finalmente deseo expresar, que mi principal motivación para realizar este trabajo de tesis, es el hecho de que el legislador tome en cuenta los acontecimientos que sobre fecundación asistida se están dando en nuestra sociedad, y que al legislar sobre ellos, los seres así concebidos sean integrados a las familias de sus padres legales, tal como si se tratara de parientes consanguíneos, para que de esta forma, se elabore una legislación adecuada, que proteja los derechos no sólo de los seres que son concebidos de esa forma sino de todas las personas implicadas en estos hechos, pero desde luego, teniendo como finalidad, que los seres humanos concebidos por medio de la reproducción asistida, sean integrados a la familia y por consecuencia a la sociedad con todos los derechos y obligaciones de hijo y de ciudadano mexicano.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Una de las funciones que tiene actualmente la familia desde nuestro punto de vista, es precisamente que ésta sirve como un medio de control para regular las relaciones sexuales dentro de la sociedad, ya que sólo esta bien visto cuando se realizan dentro del matrimonio y tiende a tener un rechazo con las personas que no las practican bajo éstas circunstancias. No obstante que a la fecha un sinnúmero de parejas las practican dentro de concubinato o unión libre situación sobre lo que ya se ha legislado al respecto.

SEGUNDA: La maternidad, puede demostrarse a partir de dos hechos que son: el parto o alumbramiento y la identidad reclamante con el hijo que la mujer dio a luz. Sin embargo, aunado a lo anterior, a la fecha también puede darse a raíz de la implantación a la cónyuge de un óvulo fecundado, ya sea con los espermatozoides de su cónyuge, o con los de un tercero, sin pasar desapercibido el hecho de que el óvulo implantado es proveniente de una mujer extraña a la relación conyugal.

TERCERA: Es necesario tener una legislación especializada en el tema de la fecundación asistida, o cuando menos reformar el Código Civil para el Distrito Federal, ya que es una situación que se encuentra en la vida diaria de los mexicanos, como una alternativa ante las diferentes causas de infertilidad sufridas por éstos, y cada vez mas frecuentes.

CUARTA: Mi propuesta se encamina a resaltar una realidad que se vive día con día y cada vez con mayor demanda en muchas sociedades del mundo, de las cuales la nuestra no es la excepción, deseo que estas ideas en materia de derecho familiar sirvan de alerta para cuando se presenten hechos que requieran de una normatividad que los regule, y para ese entonces, nuestro sistema jurídico cuente con ella.

QUINTA: Si bien, es cierto, que con la actual legislación en derecho familiar, podría darse solución a ciertos conflictos interpersonales que surgen con la aplicación de las técnicas de la fecundación asistida, también lo es, que existen situaciones fuera del alcance de dicha legislación, ya que nuestra actual legislación no contempla situaciones tales como qué requisitos deben reunir los donadores de gametos, las formalidades que debe tener la exteriorización de la voluntad de las personas que soliciten este tipo de métodos, entre otros y es precisamente en este punto, que debemos concentrar nuestra atención para dar solución adecuada a todos los casos que se presenten derivados de la utilización de estas técnicas.

SEXTA: Es necesario que en el campo de la sucesión legítima, tema central del presente trabajo, exista un cambio en el criterio que establece, que sólo los familiares consanguíneos tienen derecho a heredar al autor de la herencia, pues a diferencia del parentesco civil, los hijos habidos por medio de la reproducción asistida, deben tener derecho a heredar tanto a sus padres legales como a sus abuelos, bisabuelos, etc.; aún cuando entre ellos no existan nexos biológicos,

pues debemos tener en cuenta que en estos casos, casi siempre existen nexos biológicos, por lo menos con uno de los padres legales, además de que estará presente la figura del reconocimiento voluntario del hijo, lo que significa que ese niño, debe ser integrado plenamente a la familia de sus padres.

SÉPTIMA: Asimismo, deben tener derecho a suceder a sus padres naturales los hijos nacidos por fecundación asistida, cuando se viole el secreto del nombre del donador, siempre que dichos descendientes no sean reconocidos por sus padres legales, o que sean abandonados por estos al momento de su nacimiento. Ello con independencia de las sanciones de tipo penal que pudieran existir para con los padres legales por no reconocer a los precitados infantes, hay que aclarar, que conforme a nuestro derecho vigente tienen tal derecho, ya que se establece en el Código Civil que tienen derecho a heredar al autor de la herencia, los familiares consanguíneos y en primer lugar los hijos.

OCTAVA: En fin, es necesaria una legislación especial en materia de fecundación asistida, como la que propongo y la cual contemple además entre otros supuestos los relativos a la filiación, y principalmente a la sucesión legítima de los hijos concebidos con ayuda de estas técnicas, así como algunos ilícitos penales que puedan presentarse con el uso de las técnicas de la fecundación asistida.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO CORREA, Jorge. Principios de Anatomía y Fisiología. 2ª edición, Edit. Harla, México, 1985.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 30ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La familia en el Derecho: Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

DE LA FUENTE, Juan Ramón. La Inseminación Artificial y la Salud en México. 3ª edición, Edit. UNAM, México, 2001.

DÍAZ RIVADENEIRA, Juan. La Inseminación Artificial. 3ª edición, Edit. Tecnos, México, 2000.

FLORES, Fernando y CARBAJAL M. Gustavo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Segundo Curso de Derecho Civil. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

GASTELUM, Gaxiola Ma. De los Ángeles. Agenda de Derechos y Obligaciones de la Mujer. 4ª edición, Edit. Consejo Nacional de Población, México, 1999.

GUIZA CABRERA, Laura. Aspectos Jurídicos y éticos de la fecundación in vitro. 3ª edición, Edit. Sista, México, 1999.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio, el pecuniario y el moral o Derecho de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 7ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

HERRERA ORTIZ, Margarita. Manual de Derechos Humanos. 10ª edición, Edit. Pac. México, 1999.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. 13ª edición, Edit. Ariel España, 1998.

LARA PONTE, Rodolfo. Constitución Política y Sociedad. 2ª edición, Edit. Trillas, México, 1999.

LÓPEZ MORTALLA, Natalia. Experimentación en fetos humanos. 2ª edición, Edit. Brus España, 1999.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T. III. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001.

MAILLET. Mac. De los Bebés de Probeta a la Biología del futuro. 2ª edición, Edit. Siglo XXI, México, 2000.

NOBLE, Elizabeth. Inseminación Artificial y Esterilidad. 4ª edición, Edit. Diana México, 2000.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. 7ª edición, Trad. de Manuel M. Cajica, Edit. Cajica, Puebla, México, 1982.

RAMBAVO. Raymundo. El Drama humano de la inseminación artificial. 6ª edición, Edit. Aguilar México, 2000.

REYES, Juana. Inseminación Artificial contra la Esterilidad. 6ª edición, Edit. Diana, México, 1999.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. I. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

RUGGIERO, Roberto. Tratado Elemental de Derecho Civil. 10ª edición, Trad. de Manuel Cajica, Edit. Cajica, México, 1982.

VILLEE, Clude. Biología. 7ª edición, Trad. del Doctor Roberto Espinoza, Edit. McGraw-Hill, México, 1999.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2002.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Edit. Sista, México, 2002.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Sista, México, 2002.

LEY GENERAL DE SALUD. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2002.

LEY GENERAL DE POBLACIÓN Y SU REGLAMENTO. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2002.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

COHEN, Jean. Enciclopedia de la Vida Sexual. 4ª edición, Trad. de Ignacio Gaos. Edit. Trillas, México, 1999.

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho Mexicano. 17ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

Diccionario de la Lengua Española. 17ª edición, Edit. Reus, España, 1999.