



889609

INSTITUTO UNIVERSITARIO NEZAHUALCOYOTL
INCORPORADO A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

ANALISIS AL ARTICULO 1314 DEL CODIGO CIVIL
PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN RELACION
AL DESARROLLO CIENTIFICO EN
MATERIA DE GESTION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ANGEL MIGUEL GARCIA MARTINEZ

ASESOR: LIC. RODOLFO CALVILLO POPOCA



NEZAHUALCOYOTL, ESTADO DE MEXICO

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS.

GRACIAS A DIOS, Por ayudarme y permitirme dar un paso tan importante en mi vida, por hacerme sentir que siempre estas conmigo, por tanta dicha, por la salud y por el amor de la gente que me rodea.

GRACIAS a mis padres: **ANDRES GARCIA Y HERLINDA MARTINEZ**, por su esfuerzo, dedicación, cuidados, desvelos, preocupación, confianza y apoyo en las decisiones tomadas. Este trabajo es por ustedes. Los amo.

GRACIAS MARGARITA TORRES, por ser mi inspiración, mi compañera, amiga, y parte importante en todos mis proyectos, por tu amor y cariño; A mis hijos por todo aquel tiempo no pude dedicarles, agradezco su comprensión y es por ello que les dedico esta tesis. Los quiero mucho.

GRACIAS a mi asesor: **LICENCIADO RODOLFO CALVILLO POPOCA**, por su valioso tiempo, tolerancia, dedicación, comprensión y amplios conocimientos que hicieron posible la culminación de este trabajo de investigación.

GRACIAS, Instituto Universitario Nezahualcoyotl, por darme la oportunidad de crecer juntos y ser parte de tu primera generación, aprendí a quererte durante cinco años a ti y al personal administrativo.

GRACIAS a todos mis profesores, no menciono nombres por temor de omitir alguno a todos aquellos, que me transmitieron sus conocimientos y experiencia profesional, a todos ellos los llevare en mente como ejemplo a seguir en todos los aspectos.

GRACIAS, a todos mis compañeros de facultad por el tiempo aquel que pasamos juntos y que espero sigamos cultivando nuestra amistad.

INDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I.

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

1.1	ANTECEDENTES	1
1.2	ESTERILIDAD	5
1.3	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL ASISTIDA	8
1.4	CONCEPTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	10
1.5	INSEMINACIÓN HOMÓLOGA.	13
1.6	INSEMINACIÓN HETERÓLOGA.	16
1.7	TECNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	23
1.8	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INVITRO	25
1.9	MATERNIDAD SUBROGADA.	28
1.10	CRÍOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES.	29

CAPITULO II.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES.

2.1	PERSONA.	32
2.2.	PERSONA JURÍDICA	36
2.3.	CLASES DE PERSONAS.	38
2.4.	PERSONALIDAD.	41
2.5.	CAPACIDAD JURÍDICA.	47
2.6.	CAPACIDAD DE GOCE.	50
2.7.	CAPACIDAD Y PERSONALIDAD.	51
2.8.	CAPACIDAD DE EJERCICIO.	52
2.9.	DEFINICIÓN DE CONCEPCIÓN.	57
2.10.	NACIMIENTO	59
2.11.	VIABILIDAD	60
2.12.	EL NASCITURUS.	62

**CAPITULO III.
SUCESIONES**

3.1	GENERALIDADES.	63
3.2	SUCESIONES TESTAMENTARIA Y LEGITIMA.	65
3.3	TESTAMENTO.	68
	3.3.1 CONCEPTO DE TESTAMENTO	68
	3.3.2 CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO.	69
	3.3.3 CAPACIDAD PARA TESTAR.	71
	3.3.4 CAPACIDAD PARA HEREDAR.	71
	3.3.5 ESPECIES DE TESTAMENTO.	72
3.4	LEGADO.	83
3.5	INTESTADO.	84

**CAPITULO IV
INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM Y DERECHOS SUCESORIOS**

4.1	INSEMINACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM Y DERECHO SUCEESORIO.	91
4.2	MARCO JURIDICO.	130
4.3	INVESTIGACIÓN DE CAMPO.	138
4.4	PROPUESTAS.	143

	CONCLUSIONES.	144
--	---------------	-----

	BIBLIOGRAFÍA.	148
--	---------------	-----

INTRODUCCION

Lograr un embarazo en la edad reproductiva puede parecer fácil, pero no lograrlo ha sido un serio obstáculo para la felicidad de miles de seres humanos en el transcurso de la historia del hombre.

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en el campo de la medicina, han posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo.

Las técnicas de reproducción asistida hoy, han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad e infertilidad cuando otros métodos son poco adecuados o simplemente ineficaces, pero tales expectativas se acompañan de una inquietud e incertidumbre social con relación a las posibilidades y consecuencias de estas técnicas.

Recordemos que el derecho reglamenta las relaciones interpersonales que se dan en la sociedad, consecuentemente, también debe preocuparse de la concepción artificial, porque este avance técnico se da como una posibilidad actual, es por ello que debemos analizar si con nuestra legislación positiva es posible responder a las nuevas exigencias y situaciones que nos plantea la ciencia

Los adelantos en materia de inseminación y fecundación artificial han creado situaciones que se proyectan a lo jurídico, pero algunas no han sido contempladas, ni reguladas hasta la fecha.

La nueva realidad es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas de Derecho que ya resultan incompletas o simplemente ineficaces.

Pero los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos la investigación científica, pues; las reformas practicadas al Código Civil para el Distrito Federal en mayo de dos mil, no fueron suficientes, ya que el legislador dejó de prever que las reformas hechas en materia de filiación traen aparejadas consecuencias jurídicas en materia sucesoria.

En este sentido el presente trabajo se enfocó y orientó fundamentalmente al análisis del artículo 1314 del código civil para el Distrito Federal, en relación al tema de la inseminación artificial, toda vez que en dicho artículo el hijo concebido por ese método después de la muerte de su padre no tendría derechos sucesorios.

Ante esta circunstancia, con el ánimo de no sólo criticar nuestro ordenamiento sino de manera positiva, presentar una propuesta, partiendo de una realidad, que es la posibilidad de que el ser humano pueda transmitir vida aún después de la muerte, dejando su semen congelado y el acuerdo de dos voluntades expresadas en vida (padre y madre), antes de la concepción, y estableciendo un plazo para realizar la

inseminación post mortem, se reconozca el derecho, a ese hijo, de adquirir derechos sucesorios respecto del patrimonio de su progenitor, siempre y cuando viva veinticuatro horas o se presente vivo al registro civil.

El espíritu del derecho en este caso sería la de proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados, de las personas que solicitan el método, de los hijos nacidos a través del mismo, y de los terceros que intervienen en estas prácticas.

Para llegar a lo anterior fue necesario el análisis de conceptos médicos y jurídicos, una investigación de campo realizada en clínicas especializadas en reproducción humana y un estudio en materia sucesoria.

CAPITULO 1

INSEMINACION ARTIFICIAL

1.1 ANTECEDENTES

Anteriormente los remedios contra la esterilidad podían ser resueltos por medio de alimentos como pócimas, ungüentos, técnicas supersticiosas, creencias, etcétera.

En la actualidad ya no se utilizan supuestos rudimentarios y planteamientos dudosos no comprobables científicamente, lo que prevalece es un método científico.

Pero para llegar a los procedimientos utilizados hoy en día, existieron investigadores y científicos de diversas nacionalidades que buscaron una solución al problema de la reproducción que ha existido desde épocas remotas, hasta la actualidad y aunque no todos tuvieron éxito contribuyeron, con sus aportaciones, a la evolución humana y a encontrar una esperanza para las parejas que no pueden procrear.

La inseminación artificial tiene su origen en la botánica; desde épocas muy antiguas el hombre observó que podía fecundar ciertas flores, posteriormente se empezaron a hacer experimentos de este tipo en animales y, por medio de la ciencia

y la tecnología, el resultado fue manifiesto; de inmediato comenzó a usarse a gran escala la reproducción artificial en animales.

Se tienen noticias de inseminación en varios animales desde el año de 1725, como en gusanos de seda, pero el primer documento científico sobre la inseminación artificial, fue publicado en 1780 por Abbe Lázaro Spallanzani, profesor de la universidad de Pavia, en Italia, quien un año antes inseminó a una perra; sin embargo, a pesar de saber que podían realizarse este tipo de experimentos en humanos, se limitó a mamíferos.

En el siglo XVIII Abbe Lázaro Spallanzani, demostró que no era siempre necesario el acoplamiento de los animales de diferente sexo para lograr su reproducción, mediante un experimento realizado con granos de esperma que contactó con óvulos de rana y sapo, sin necesidad de cópula.¹

La primera inseminación artificial en humanos de la cual se tiene conocimiento es atribuida al médico anatomista y cirujano inglés John Hunter en 1799, colocando semen en la vagina de una mujer cuyo cónyuge padecía hipospadias (cuando el semen no desemboca en la parte normal sino en la parte inferior del pene).²

La primera inseminación heteróloga, es decir, la que se realiza por un donador, registrada corresponde a la que se efectuó en el año de 1844, por William Pancoast, quien utilizó gametos de uno de sus alumnos, pero al ser publicado, causó

¹ Leal Dávila, Luis Orlando. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias de la UPB., Medellín, Colombia. Primera Parte, Pág. 67 Vol. 40 año XXXI, No. 285, agosto. Colombia 1982.

² Ibidem

desfavorable reacción pública, motivando, que en adelante la información sobre el tema se restringiera a los círculos médicos.

En 1866 Marion Sims, ideó la manera de inyectar el semen directamente en el canal uterino y después de varios intentos reportó haber efectuado cincuenta y cinco inseminaciones intrauterinas, en seis mujeres con semen de sus maridos logrando algunos embarazos.

En 1890 Robert L. Dickinson, secretamente comenzó a usar donantes en los Estados Unidos, dando inicio a la inseminación heteróloga. También en ese mismo año Walter Heap pudo llevar el huevo fertilizado al útero de la futura madre.

En los países anglosajones, durante el año de 1911, aparecieron sesenta y cinco casos de inseminación artificial de los cuales veintiuno fueron exitosos.

En 1927, un estudio aparecido en Francia consigna ochenta y ocho casos, entre ellos treinta y tres con resultado favorable.

El doctor John Rock, padre de la pildora anticonceptiva, comunicó hacia 1940 que había logrado la tentativa de fertilizar un óvulo en el laboratorio. Posteriormente, Daniele Petrucci, logró la fecundación In Vitro, manteniendo vivo al embrión durante veintinueve días, quien asombrado o quizá arrepentido lo destruyó.³

³ Leal Dávila, Luis Orlando. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias de la UPB. Op. Cit., Pág. 80.

Durante la segunda guerra mundial se desarrollaron y se propagaron en Estados Unidos bancos de semen que operaban como los de sangre, donde se conservaban en congeladores el esperma procedente de varones previa elaboración de una ficha que contenga los datos y características biológicas, corporales y psicológicas de los depositantes. Se realizó en forma masiva la práctica de la inseminación artificial por el ejército de los Estados Unidos transportando por avión el esperma de los esposos que luchaban en el Pacífico.

En 1965, el biólogo Robert Edwards publicó su primer trabajo sobre fertilización y posteriormente trabajó con Steptoe, diez años después lograron la implantación de un embrión humano después de ciento nueve intentos.

En 1972, Steptoe anunció que la señora Allin sería la primera mujer del mundo que daría a luz un hijo concebido en una probeta.

Con el aumento de la esterilidad entre parejas jóvenes Alan F. Guttmacher, calculó que el año de 1970 entre siete mil y diez mil niños nacerían anualmente en Estados Unidos, como resultado de la inseminación artificial.

El 25 de junio de 1978 el mundo entero recibió la noticia de que en Inglaterra había nacido Luisa Joy Braun el primer ser humano concebido fuera del útero materno con esto se completó el éxito de haber logrado una fertilización In Vitro posteriormente en

Calcuta, un matrimonio hindú recibió a su primogénito el cinco de octubre del mismo año, quien fue concebido por el mismo método.⁴

A partir de la década de los ochentas en Australia y en diversos países europeos comenzaron a presentarse proyectos para adecuar la legislación existente a las realidades a las que daban lugar nuevas técnicas de reproducción artificial. También en los Estados Unidos se han regulado estas situaciones, siendo en este país donde más proliferaron. Los países mas adelantados en este tipo de métodos y, por tanto, los primeros en regularlos fueron: Estados unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Australia, Alemania y Suecia.⁵

1.2 ESTERILIDAD

La esterilidad es un problema que afecta al 15% de la población mundial, no necesariamente el término de infertilidad o esterilidad queda reservado a la imposibilidad de la mujer en llevar a término una concepción, este problema es siempre referido a la pareja.

Cabe aclarar, con el propósito de evitar confusiones con los términos, la esterilidad es la inhabilidad del hombre para fecundar a la mujer; en la mujer es la incapacidad para concebir.

⁴ Rambaur, Raymond. El Drama Humano de la Inseminación Artificial. Primera Edición Impresiones Modernas S.A. México, 1983, Pág.14

⁵ Lennart, Nilson. Nace la Gran Aventura. A Child is Born. Primera Edición Traducción Thema S.A. Barcelona, España 1990, Pág. 33.

"La esterilidad se define como la incapacidad de concebir después de un año de exposición al coito sin métodos anticonceptivos". "La posibilidad de embarazo por ciclo menstrual en la población general es de 20%, mientras que en las pacientes con infertilidad varía de 1 al 3%, según la etiología".⁶

La esterilidad es la falta de concepción, después de un período determinado sin el uso de métodos anticonceptivos. En la infertilidad si existe concepción pero el embarazo no llega a su fin.

"La frecuencia de la esterilidad es aproximadamente de 1 % al 15% en parejas en edad reproductiva. Las condiciones culturales, sociales y económicas en la actualidad han hecho que la mujer prorrogue o evite embarazos hasta llegar a finales de la edad reproductiva natural, haciendo más difícil lograrlo".⁷

Refiriéndose a las causas de esterilidad femenina los doctores William Master y Virginia Jhonson comentan: "Las dos causas principales de esterilidad en la mujer son las dificultades en la ovulación y en la oclusión de las trompas de Falopio; la primera puede estar originada por afecciones ováricas, desequilibrio hormonal, determinadas enfermedades crónicas y la malnutrición; la segunda puede deberse a cicatrices secundarias, a una infección de los tejidos pélvicos o de la zona abdominal, abortos, entre otras etc. Otras causas menos frecuentes de esterilidad en

⁶ Tesis Doctoral. Dr. Venegas Flores, Renato Martín. Evolución de Pacientes Endometrióticas en el Programa de Fertilización In Vitro. Facultad Mexicana de Medicina, 1995, Pág. 42.

⁷ Ibidem.

la mujer son la secreción en el cérvix de un moco que daña al espermatozoide e impide su tránsito, malformaciones congénitas de los órganos reproductores, tumores, infecciones y alergia al espermatozoide".⁸

Respecto al hombre señalan: "La principal causa de esterilidad en el varón es la insuficiente producción de espermatozoides. Otros factores que condicionan la fertilidad del varón son la movilidad del espermatozoide, las anomalías en su formación y el volumen de líquido seminal. Entre las causas de los bajos recuentos de espermatozoides hay que destacar: los daños en los tejidos testiculares, las infecciones, la radioterapia, los trastornos endócrinos, las venas varicosas en el escroto, los testículos que no han descendido después de la pubertad y las malformaciones congénitas. En el hombre al igual que sucede en la mujer, puede ocluirse el sistema de tubos a consecuencia de una infección o de una malformación congénita."⁹

Existen otras causas tales como: El uso previo de anticonceptivos, lo cual puede alterar el ciclo de la ovulación y la producción normal de óvulos, la edad en que las parejas empiezan a plantearse tener hijos, que cada día suele ser más tardía, exposición a radiaciones o quimioterapia, las enfermedades de transmisión sexual, la ingesta de toda clase de drogas (alcohol, tabaco, marihuana, cocaína, heroína), sustancias tóxicas y algunos medicamentos, el estrés, etc., no se pretende hacer un listado exhaustivo de todas las causas probables o ciertas de la esterilidad

⁸ Master, William, Jhonson Virginia y Kolodny, Roberto, La Sexualidad Humana. Traducción de Rafael Andreu y Diana Falcón. Décimo Tercera edición. Edit. Grijalbo, Barcelona, España 1987. Págs. 161-163.

⁹ Ibidem.

e infertilidad humanas, lo que de alguna manera se intenta hacer notar con las anteriores observaciones, es que muchas de las manifestaciones clínicas, como causa del problema, tienen su verdadero origen en causas de otro orden, que más corresponden a la forma de comportamiento del ser humano con respecto a sí mismo, a sus semejantes y a su entorno, que a trastornos naturales en su organismo.

Ahora bien, ha sido precisamente el problema de la esterilidad el que ha dado lugar a la búsqueda de nuevas formas de reproducción humana.

1.3 TECNICAS DE REPRODUCCION ARTIFICIAL ASISTIDA.

Hasta hace poco el tema era poco discutido socialmente, ya que se le consideraba como un tabú y se tenía poco o nulo conocimiento de este problema que actualmente ocupa parte importante de las conversaciones cotidianas.

Según datos del Grupo de Reproducción Genética AGN, del Hospital Ángeles del Pedregal, el número de visitas al médico especialista de la reproducción relacionado con este problema, ha incrementado en el mundo aproximadamente 40% en tan sólo 20 años.

Muchas parejas que sufren de esta incapacidad reproductiva desconocen que ya hay solución gracias a los avances tecnológicos.

Hoy en día parejas con dificultades para tener descendencia, cuentan con la posibilidad de usar diversas técnicas de reproducción asistida que van desde la inseminación artificial hasta el uso de un banco de semen.

Las diversas técnicas de reproducción humana artificial, llevan consigo el objetivo primordial de permitir ser madre o padre, a quien por causas ajenas a su voluntad, no les es posible lograr descendencia.

Planteadas de esta manera, las técnicas, representan el acceso a una de las experiencias más maravillosas del hombre que es la paternidad o maternidad.

El proceso de la reproducción humana, se inicia con la fecundación, que es la unión o fusión de los gametos femeninos y masculinos provenientes de la madre y el padre, de la cual resulta la formación del cigoto o huevo, que es el principio del nuevo ser.

Esta fase natural puede ser sustituida, principalmente por causa de esterilidad de uno de los progenitores, por un conjunto de procedimientos que ponen en contacto los gametos directamente en el cuerpo de la mujer (inseminación artificial), o con medios de laboratorio (fecundación In Vitro).

Las técnicas de reproducción artificial o asistida se definen como el conjunto de métodos y procedimientos utilizados para obtener la concepción sin acto sexual, mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos, por personal profesional especializado.

La inseminación artificial y la fecundación In Vitro, son técnicas usadas no para corregir la esterilidad, sino para permitir la procreación. Debido a éstas nuevas técnicas se han abandonado otras, que sí traerían consigo una auténtica curación de la esterilidad, como son las cirugías rectoras, microcirugías, transplantes, etc.

1.4 CONCEPTO DE INSEMINACION ARTIFICIAL

El vocablo inseminación deriva del Latín in-en y semen- semilla.

A la inseminación artificial la han definido de varias maneras, por ejemplo Waming-Bender dice que "Es el método de introducir esperma del varón en el organismo de una mujer, de manera que resulte apto para la generación pero distinto a la forma natural".¹⁰

Giraldo Marín, lo define como "las maniobras realizadas por el médico para introducir en el órgano femenino el semen previamente recolectado".¹¹

Según el doctor Bennet Palmer, Jefe de los Trabajos de Ginecología en la Facultad de París, define la inseminación como la " introducción de esperma en el

¹⁰Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial con especial referencia a las cuestiones penales. Revista de Derecho Judicial 5 1/52 Julio- Diciembre, Madrid., 1990. Pág.177.

¹¹ Ibidem

interior de los órganos genitales femeninos, de modo que no se lleve a cabo por relación sexual".¹²

Para Juan Palomar de Miguel, es "Introducción del semen por medio de instrumentos en la vagina o en la matriz para producir el embarazo."¹³

Eduardo Zannoni, define esta técnica como " aquella que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer; por lo tanto, solo tiene como finalidad, facilitar el encuentro de los componentes genéticos de los cónyuges. En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen a la mujer, de tal manera que superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico, puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido."¹⁴

"Tonatiuh Herrera, ginecoobstetra, medico cirujano especialista en reproducción asistida y director del Centro Mexicano de Medicina Reproductiva, con sede en el Distrito Federal, explica la técnica de Inseminación Artificial que es la que consiste en estimular el ovario para luego introducir en el útero, a través de una

¹² Jurisprudencia. Información Forense. Periódico La Ley. Primera Plana. Buenos Aires, Argentina jueves 20 de abril de 1950. Pág. 1

¹³ Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Primera edición Mayo ediciones S. de RL. México. 1981. Pág. 725

¹⁴ Zannoni, Eduardo A. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Primera Edición. Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1978, Págs. 43,44.

cánula, semen fresco o descongelado correctamente (proveniente de un banco de semen). En la mayoría de los casos, se utiliza el semen del esposo."¹⁵

Existen autores que utilizan los términos de inseminación y fecundación como sinónimos, por lo que es necesario aclarar ambos términos.

La fecundación artificial se refiere a toda operación que tiene por objeto hacer germinar el óvulo con los espermatozoides, recurriendo a procedimientos no naturales, este concepto solo es aplicable cuando la inseminación ha tenido éxito, por lo que es más claro designar el procedimiento con la expresión inseminación artificial y dejar la fecundación artificial para los casos de éxito, es decir de efectiva concepción.

Utilizaremos por lo tanto el término de inseminación artificial, por considerarlo más apropiado.

Hay quienes expresan que la fecundación artificial en cuanto a la fecundación en sí misma (unión de espermatozoides y óvulo), es perfectamente natural, lo que no ha sido natural es la introducción del semen en el cuerpo femenino.¹⁶

¹⁵ Milagros, Reynaldo. Alternativas para lograr un hijo. Revista Día Siete, México, número 60, octubre, 1980, Págs. 56 - 61

¹⁶ Madariaga Alirio, Sanguino. La Inseminación Artificial: aspectos jurídicos. Revista de Estudios de Derecho, México, septiembre, 1981, Págs. 379,380.

La inseminación artificial se puede realizar con semen fresco o congelado, obteniendo resultados exactamente iguales; sin embargo, por ser más común su utilización con semen congelado, la técnica vendrá acompañada de la "crio preservación", o congelamiento y conservación del semen por inmersión en nitrógeno líquido, lo que supone la creación de un banco de semen, con lo que se abre la posibilidad de que se pueda hacer uso del gameto después de la muerte del agente producto.¹⁷

El semen puede obtenerse por masturbación, o bien, se extrae por medio de una biopsia testicular, cuando el semen no reúne las características necesarias para garantizar la fecundación, se prepara en el laboratorio, eliminando fluidos y seleccionando espermatozoides.

En caso de que se requiera utilizar semen de donadores, estos deben pasar por una serie de análisis y controles con la finalidad de verificar que no sean portadores de enfermedades hereditarias.

La inseminación artificial debe realizarse en el momento de la ovulación, dentro del ciclo menstrual femenino.

1.5 INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA

¹⁷ Milagros, Reynaldo. Alternativas para lograr un hijo. Revista Dia Siete. México. Octubre. 1980. Págs. 62-64

Es aquella en la que el líquido fertilizante corresponde al cónyuge o concubino, en muchos casos de esterilidad, la inseminación artificial con espermatozoides del esposo puede lograr el embarazo, este procedimiento consiste en la colocación del espermatozoides en el aparato reproductor femenino.

Los casos en los que se recomienda la inseminación artificial homóloga son los siguientes:

- Impotencia del varón.
- Vaginismo de la mujer. (Contracción dolorosa del músculo constrictor de la vagina).
- Alteraciones en el cuello uterino que impiden la lubricación adecuada de moco para recibir a los espermatozoides.
- Alteraciones en el semen, que no reúnen las características necesarias para la fecundación, sea porque el volumen de espermatozoides que contiene es muy bajo, porque el índice de mortalidad de los espermatozoides es muy alto, o espermatozoides con movilidad disminuida.
- Presencia de anticuerpos en el moco cervical de la mujer, o bien, en el semen del varón que impida la movilización de los espermatozoides.
- Que el cónyuge este por someterse a quimioterapia o intervención quirúrgica de la cual pueda derivarse la esterilidad.

- Eyacuación retrograda, alteración que origina que la eyacuación se produzca dentro de la vejiga (recuperando una cierta cantidad de orina que contenga la eyacuación retrógrada, puede obtenerse esperma).¹⁸

Es evidente que aquí lo único que ocurre es que se substituye el elemento de la copulación, pero el hijo que nazca indubitavelmente es portador del patrimonio genético correspondiente a sus progenitores.

Se considera que no es necesario añadir más datos biomédicos al respecto, dejando al margen cuestiones estrictamente técnicas, médicas o biológicas que no son objeto de mi trabajo de investigación; así bastará con decir, que la inseminación homóloga consiste en introducir el semen masculino, en la vagina de la mujer o bien en el útero, mediante una intervención médica, por un medio diferente del acto sexual.

Existe una modalidad de inseminación artificial que consiste en introducir tanto un óvulo como espermatozoides en la trompa de Falopio de la mujer, y de esta manera se logra que tanto la fecundación como la posterior anidación del embrión en el endometrio se realice en forma natural, y se recomienda por ejemplo cuando los espermatozoides se ven imposibilitados para traspasar la barrera cervical, debido a defectos del moco, o rechazo inmunológico, cuando el semen presenta alteraciones.

¹⁸ Bari, Pedro. Aspectos Médicos de la Nueva Tecnología de Reproducción Humana en Fecundación Artificial Ciencia y Ética. Madrid, 1985. Citado por Mier y Terán Salvador. El Régimen Jurídico de la llamada Reproducción Artificial. Pamplona, 1989. Pág. 153. Tesis Doctoral.

Esta técnica es más sencilla, y por tanto, más barata que la fecundación In Vitro.

1.6 INSEMINACION ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

Todos los casos anteriormente mencionados, se refieren a situaciones en las que los gametos femenino y masculino, no presenten ninguna anomalía, lo que existe es dificultad para que tenga lugar la fecundación. Sin embargo, se da el caso en el cual alguno de los gametos presentan deformidades, enfermedades o alteraciones, en estas situaciones se tiene que recurrir a la donación de gametos para poder llevar a cabo después la inseminación artificial, esta es la llamada inseminación heteróloga, y la podemos definir como aquella que se practica con líquido seminal que no es del cónyuge o concubinario, sino de un tercero, a quien se denomina donante o donador, interviniendo en la fecundación componentes genéticos extraños, el semen de un tercero será introducido en la vagina o útero de la esposa o compañera, lo que no ocurre en la inseminación artificial homóloga, y se conoce también como inseminación artificial por donante o donador. Los casos en los que se utiliza este procedimiento son:

- Esterilidad absoluta en el hombre, (azoospermia, necropermia, oligospermia severa).
- Enfermedades hereditarias graves en el hombre.
- Exposición a radiaciones o quimioterapia.

- Incompatibilidad en la sangre, en donde la mujer está sensibilizada al factor RH, siendo ella RH positivo y el hombre RH negativo.¹⁹

En la mayor parte de los programas, se utilizan estudiantes universitarios con fertilidad demostrada; estas características deben estar acorde con el esposo, se deben descartar enfermedades genéticas y venéreas. Se determina el grupo sanguíneo y el factor RH, se les exige a los donadores que la muestra del semen sea de alta calidad y que en su historial se descarte el consumo de drogas y alcoholismo. En aquellos casos en que el semen vaya a ser congelado, se efectúan pruebas de tolerancia a la congelación y descongelación (freeze test).

Durante la selección deben tomarse las medidas para lograr el máximo de privacidad y evitar que el donador sepa quien es la inseminada y viceversa.

A continuación se muestran un catálogo de donadores de espermias del Centro de Fertilidad Humana en México S.A. de C. V., el cual se proporciona a la pareja que vaya a ser sometida a esta técnica para que elija tres posibilidades.

¹⁹ Folleto Valoración de la Pareja Estéril. Especialistas en Reproducción Humana y Asociados SC. Hospital Ángeles del Pedregal. Doctor Valero Origel. Alberto Octubre. 1990. Págs. 13-14.

**CENTRO DE FERTILIDAD HUMANA
MEXICO, S.A. DE C.V.**

Tuxpan N° 6 --401 Col. Roma Sur
Deleg. Cuahémoc México, D.F. C.P. 06760
Teles. 5574-9186 5564-9238 5564-9174
Fax. 5574-4677 y 5574-3018

www.centrodefertilidad.com

**CATALOGO DE
DONADORES
JUNIO DEL 2002.**

SUGERIMOS QUE USTED HAGA 3 ELECCIONES LLAMENOS PARA ASEGURARSE DE LA DISPONIBILIDAD DE LAS MUESTRAS

BIF 15	Cau	O+	1.93	82	Mediana	Morena Clara	Café Ondulado	Cafés	Mormón	Artista
BTG 57	Cau	A+	1.70	66	Pequeña	Morena Clara	Café Lacio	Miel	Judio	Cineasta
ECE 35	Cau	A+	1.75	79	Mediana	Morena	Café Ondulado	Cafés	Cristiano	Ingeniero en Electrónica
LJS 58	Cau	O-	1.82	73	Mediana	Apiñonada	Café osc. Lacio	Verdes	Católico	Escritor
OFG 38	Cau	A+	1.80	75	Mediana	Morena	Café Lacio	Miel	Cristiano	Psicólogo
QNF 38	Cau	A+	1.85	91	Mediana	Morena	Negro Lacio	Cafés	Católico	Ingeniero Industrial

Todos los donadores son sometidos a un período de cuarentena mínimo de seis meses y son liberados después de obtener los resultados negativos (en pruebas de VIH-1, VIH-2, Hepatitis, etc.), que nos indican su estado de salud. Las muestras son conservadas mediante criopreservación y al momento de descongelarlas se garantiza una cantidad de espermatozoides no menor de 18 millones por vial para su aplicación.

El donador de semen es anónimo, ellos contribuyen voluntaria y altruistamente para ayudar a parejas con problemas de infertilidad y que estas parejas tengan niños saludables. Tenemos un programa en donación espermática con un alto índice de calidad por lo cual cada donador es sometido a un riguroso examen de salud de la misma forma un estudio de aptitud física, educación, actitud ante la vida, deseo de contribuir, así como también un potencial de fertilidad comprobado.

**CENTRO DE FERTILIDAD HUMANA
MEXICO, S.A. DE C.V.**

Tuxpan N° 6 - 401 Col. Roma Sur
Deleg. Cuahimoc México, D.F. C.P. 06760
Tels. 5574-9186 5564-9238 5564-9174
Fax. 5574-4677 y 5574-3018

www.centrodefertilidad.com

**CATALOGO DE
DONADORES
JUNIO DEL 2002.**

SUGERIMOS QUE USTED HAGA 3 ELECCIONES LLAMENOS PARA ASEGURARSE DE LA DISPONIBILIDAD DE LAS MUESTRAS

03 SDO	Cau	O+	1.83	70	Mediana	Morena Clara	Café Ondulado	Cafés	Católico	Bioquímico
09 EPB	Cau	A+	1.83	77	Mediana	Morena Clara	Café Ondulado	Cafés	No profesa	Matemático
16 OPP	Cau	A+	1.93	94	Mediana	Morena	Café Ondulado	Cafés	Luterano	Abogado
21 JSB	Cau	A+	1.78	68	Mediana	Blanca	Café Rizado	Cafés	Judio	Representante Médico
33 LPH	Cau	O+	1.80	89	Mediana	Morena Clara	Café Lacio	Miel	Católico	Biólogo Molecular
604	His	O+	1.84	74	Mediana	Morena	Negro Lacio	Cafés	No Profesa	Químico

Todos los donadores son sometidos a un periodo de cuarentena mínimo de seis meses y son liberados después de obtener los resultados negativos (en pruebas de VIH-1, VIH-2, Hepatitis, etc.), que nos indican su estado de salud. Las muestras son conservadas mediante criopreservación y al momento de descongelarlas se garantiza una cantidad de espermatozoides no menor de 18 millones por vial para su aplicación.

El donador de semen es anónimo, ellos contribuyen voluntaria y altruistamente para ayudar a parejas con problemas de infertilidad y que estas parejas tengan niños saludables. Tenemos un programa en donación espermática con un alto índice de calidad por lo cual cada donador es sometido a un riguroso examen de salud de la misma forma un estudio de apariencia física, educación, actitud ante la vida, deseo de contribuir, así como también un potencial de fertilidad comprobado.

CENTRO DE FERTILIDAD HUMANA EN MEXICO

HISTORIA MÉDICA PERSONAL Y FAMILIAR

PERFIL DEL DONADOR #33 LPH

DATOS DEMOGRAFICOS Y FISICOS

LUGAR DE NACIMIENTO: CALIFORNIA GPO. SANGUÍNEO: O+ TEZ: MORENA CLARA
 FECHA DE NACIMIENTO: ABRIL DE 1958 ESTATURA: 1.80 COLOR DE CABELLO: CAFÉ
 RAZA: CAUCÁSICO PESO: 89 KGS. TIPO DE PELO: LACIO
 RELIGIÓN: CATÓLICO ESTRUCTURA OSEA: MEDIANA COLOR DE OJOS: MIEL

DATOS PERSONALES

ESTADO CIVIL: SOLTERO OCUPACIÓN: BIÓLOGO MOLECULAR
 NUM. DE HIJOS: 0 EDUCACIÓN: BIOLOGÍA MOLECULAR MICROBIOLOGÍA
 NUM. DE HERMANOS: 2 META PERSONAL: PRACTICAR LEYES AMBIENTALES
 PASATIEMPOS: LA BICICLETA, EL TENIS, EL VOLIBOL, LA AGRONOMÍA, LA GENÉTICA MOLECULAR, EL TEATRO, EL CINÉ, LAS ARTES Y EL SQUASH.
 DESCRIPCIÓN PERSONAL: AMIGABLE, ABIERTO Y ENTUSIASTA.

HISTORIA FAMILIAR

	EDAD	ESTATURA	PESO KGS.	TEZ	COLOR DE PELO/OJOS	OCUPACIÓN	DIFUNTO (EDAD)	CASUSA DE DEFUNCIÓN
MADRE		1.68			CAFÉ/	QUÍMICA	59	ENFISEMA
PADRE	77	1.75			CAFÉ/	INGENIERO		
HERMANO	39	1.78			CAFÉ/	ABOGADO		
HERMANO	30	1.83			CAFÉ/	INFORMÁTICA		
ABUELA M							50	FIEBRE REUMÁTICA
ABUELO M							60	
ABUELA P							99	CAUSAS NATURALES
ABUELO P								ACCIDENTE

CÓDIGO: M MATERNO (A) P PATERNO (A)

DONADOR/ HISTORIA MEDICA FAMILIAR PERFIL DEL DONADOR 03
SDO

PROBLEMAS MEDICOS	DONADOR	FAMILIAR
CARDIOVASCULAR	NINGUNO	ABUELA MATERNO MAL CARDIACO CONGÉNITO ABUELO PATERNO ATAQUE CARDIACO
GASTROINTESTINAL	NINGUNO	NINGUNO
ENFERMEDADES DE LA PIEL	NINGUNO	NINGUNO
SALUD MENTAL	NINGUNO	NINGUNO
METABÓLICO/ENDOCRINO	NINGUNO	NINGUNO
MUSCULAR-ESQUELÉTICO (MUSCULOS/HUESOS)	NINGUNO	NINGUNO
NEUROLÓGICO	NINGUNO	NINGUNO
RESPIRATORIO (PULMONES)	NINGUNO	NINGUNO
OJOS/OIDOS Y NARIZ	NINGUNO	NINGUNO
URINARIO	NINGUNO	NINGUNO
ALERGIA	NINGUNO	NINGUNO
MAL PARTO	NINGUNO	NINGUNO
ENFERMEDADES GENETICA	NINGUNO	NINGUNO
OTROS:	NINGUNO	NINGUNO

RESULTADOS DE LA EVALUACION
GENÉTICA

ANEMIA DE GLÓBULOS FALCIFORMES
MAL DE TAY-SACHS
FIBROSIS QUISTICA

ANALISIS CROMOSÓMICO
TALASEMA

NEGATIVO
NO PORTADOR
NEGATIVO PROBADO PARA
LAS 86 MUTACIONES
NORMAL 46, XY
DENTRO DE LOS
PARAMETROS NORMALES

OTRA INFORMACION EL DONADOR SE
ENCUENTRA DENTRO DE LOS CRITERIOS
DE PARTICIPACION
DEL PROGRAMA DE DONADORES
ANÓNIMOS, INCLUYENDO HISTORIA FISICO-
SOCIAL Y ESTADO
ACTUAL DE FUNCIONAMIENTO. EL
DONADOR PARTICIPA EN COMPETENCIAS
DE NATACIÓN,
ES MUY ATRACTIVO Y ATLÉTICO. TODOS
SUS HERMANOS ESTUDIAN MUSICA Y
MEDICINA Y SON
ATLÉTICOS

CÓGIGO

DX DIAGNOSTICO

TX TRATAMIENTO

DONADOR/ HISTORIA
MEDICA FAMILIAR

PERFIL DEL DONADOR 09EPB

PROBLEMAS MEDICOS	DONADOR	FAMILIAR
CARDIOVASCULAR	NINGUNO	NINGUNO
GASTROINTESTINAL	NINGUNO	NINGUNO
ENFERMEDADES DE LA PIEL	NINGUNO	NINGUNO
SALUD MENTAL	NINGUNO	NINGUNO
METABÓLICO/ENDOCRINO	NINGUNO	NINGUNO
MUSCULAR-ESQUELETICO (MUSCULOS/HUESOS)	NINGUNO	NINGUNO
NEUROLÓGICO	NINGUNO	ABUELA PATERNA: HEMORRAGIA CEREBRAL
RESPIRATORIO (PULMONES)	NINGUNO	NINGUNO
OJOS/OIDOS Y NARIZ	NINGUNO	NINGUNO
URINARIO	NINGUNO	NINGUNO
ALERGIA	NINGUNO	NINGUNO
MAL PARTO	NINGUNO	NINGUNO
ENFERMEDADES GENETICA	NINGUNO	NINGUNO
OTROS:	NINGUNO	NINGUNO

RESULTADOS DE LA
EVALUACION GENÉTICA
ANEMIA DE GLÓBULOS
FALCIFORMES
MAL DE TAY-SACHS
FIBROSIS QUISTICA
NEGATIVO
NO PORTADOR
NEGATIVO
PROBADO POR LAS
86 MUTACIONES
ANALISIS CROMOSÓMICO
TALASEMA
NORMAL 46, XY
DENTRO DE LOS
PARAMETROS
NORMALES

OTRA INFORMACION:EL
DONADOR SE ENCUENTRA
DENTRO DE LOS CRITERIOS
DE PARTICIPACION
DEL PROGRAMA DE
DONADORES ANÓNIMOS,
INCLUYENDO HISTORIA
FISICO-SOCIAL Y
ESTADO ACTUAL DE
FUNCIONAMIENTO.

CÓGIGO: TX. TRATAMIENTO

1.7 TÉCNICAS DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

INSEMINACIÓN INTRACERVICAL

El procedimiento en sí es relativamente simple, y se lleva a cabo en unos cuantos minutos. La paciente se acuesta en una mesa de exploración, el médico le coloca un espejo vaginal y la muestra es depositada en el cerviz con una jeringa con cánula; este procedimiento se llama inseminación intracervical.

INSEMINACION INTRAUTERINA

Consiste en depositar espermias lavados directamente en la cavidad uterina; los espermias deben separarse del semen porque el líquido seminal puede irritar el útero y provocar contracciones severas y dolorosas. Este método se utiliza por varias razones, incluyendo una pobre interacción espermia-moco cervical, o infertilidad de causa desconocidas.

En caso de una deficiencia en la relación espermia moco cervical o de una baja producción de moco, el cerviz, de manera que una mayor cantidad de ellos alcanza la cavidad uterina, por consiguiente, las trompas de Falopio. Datos recientes sugieren que la inseminación intrauterina, al incrementar el número de espermias que llegan a las trompas de Falopio , aumenta también la posibilidad de embarazo en parejas con infertilidad de causa desconocida.²⁰

²⁰ Ibidem, op cit Pág 12

TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS.

Las mujeres con trompas de Falopio sanas son candidatas a esta técnica, incluyendo aquellas con endometriosis leve, infertilidad sin causa aparente, entre otras, y consiste en colocar los ovocitos y los espermatozoides en una cánula especial para ser transferidos directamente a las Trompas de Falopio para lograr así una fecundación natural. Una vez fertilizado, el embrión viaja hacia el útero espontáneamente.

Los medicamentos utilizados tienen la finalidad de estimular los ovarios para que produzcan varios ovocitos maduros en lugar de uno solo, situación que ocurre naturalmente cada mes.

Si la mujer no ovula regularmente, su médico puede recetar medicamentos que induzcan la ovulación. En este caso, la inseminación intrauterina puede llevarse a cabo en conjunción con dichos medicamentos, con el objeto de aumentar la posibilidad de un embarazo.

LAVADO DE ESPERMA.

Al llevar a cabo la inseminación intrauterina, es necesario separar los espermias del líquido seminal. Esto elimina sustancias que puedan causar reacciones adversas o contracciones uterinas severas. Con el objeto de separar los espermias, en el laboratorio, se realiza un procedimiento de lavado espermático. Esto implica diluir el semen en un líquido que contiene las sustancias óptimas para su actividad. Los espermias se colocan en una pequeña cantidad de líquido estéril, mismo que es

usado para el procedimiento de inseminación (0.5 a 1 ml). El lavado de espermias también elimina bacterias y químicos que pueden causar infecciones o reacciones adversas cuando se colocan más allá del cerviz, por otra parte, el procedimiento de lavado de espermias incrementa la capacitación espermática, es decir, aumenta la habilidad de los espermias para fertilización del óvulo cuando se encuentran en las trompas de Falopio.²¹

1.8 INSEMINACION ARTIFICIAL IN VITRO.

A diferencia de la inseminación artificial, la fecundación In Vitro es una técnica mucho más moderna que ayuda a aquellas mujeres que aunque pueden reproducir óvulos sanos, tienen dañadas las trompas de Falopio, por lo cual los óvulos no pueden llegar al útero o tienen otros problemas que les dificulta la concepción.

Por medio de este procedimiento se conciben los llamados bebés de probeta.

"En México, esta maravilla de la ciencia la logró Samuel Hernández, ginecoobstetra y especialista en reproducción asistida, en la ciudad de Monterrey, en 1986."²²

El procedimiento para lograr la fecundación In Vitro es el siguiente:

²¹ Ibidem

²² Alvarado D., Alberto y Kably Alberto. Perspectivas terapéuticas en esterilidad en Temas Selectos en Reproducción Humana, Editor Dr. Samuel Karchmerk, Instituto Nacional de Perinatología, México, 1989. Págs. 108, 109.

Se extrae un óvulo maduro de los ovarios un momento antes de que hubiera sido expulsado naturalmente.

En condiciones normales la ovulación ocurre por un mecanismo complejo que involucra al sistema nervioso y al endocrino (glándulas). Cuando se produce una alteración en este mecanismo, no se lleva a cabo la ovulación y esto en la mayoría de los casos cursa con alteraciones de la menstruación y por supuesto de la fertilidad.

La falta de ovulación espontánea es causa de infertilidad en el 30% de las parejas que acuden a las clínicas de fertilización asistida y quizás una de las que tengan mayor probabilidad de ser solucionada.

La inducción a la ovulación se lleva a cabo en aquellas pacientes que requieren de hormonas exógenas para inducir un ciclo ovulatorio. Debe manejarse con sumo cuidado, ya que el éxito depende de las dosis, el horario en que se administra el medicamento, así como del control y seguimiento por parte del personal especializado.²³

Posteriormente, el óvulo se une con el semen, para que la fecundación pueda ocurrir. Es decir la fecundación se hace externamente en el laboratorio, el óvulo

²³ Folleto Inducción de la Ovulación. Especialistas en Reproducción Humana y Asociados SC. Hospital Ángeles del Pedregal. Doctor Valero Origel, Alberto. México. Diciembre. 1999

fertilizado, que enseguida haya empezado a dividirse, se transfiere entonces de nuevo al útero de la madre o al de una tercera persona donde continúa su proceso biológico normal hasta convertirse en feto.

La fecundación In Vitro permite el encuentro de los gametos masculino y femenino en una caja de Petri o en un tubo de ensayo, en un medio de capacitación denominado solución HAMF-10, conteniendo 7.5% de suero de cordón umbilical fetal humano inactivado, en relación 1:3, conteniendo también estreptomycina y penicilina, en donde se produce la inseminación del ovocito, el cual una vez fertilizado es pasado a un medio de crecimiento, consistente también en una solución HAMF-10 con diferente concentración de suero de cordón umbilical hasta que es transferido a la cavidad uterina o al interior de la trompa de Falopio de la mujer receptora.²⁴

En la práctica de la Fecundación In Vitro pueden intervenir hasta tres mujeres: la madre que solicita la donación del óvulo; la madre biológica o genética, que lo proporciona y la madre gestante, subrogada o delegada, que acepta la implantación del embrión en su seno, lleva a cabo la gestación y sufre el parto.

En la fecundación In Vitro admite, al igual que la inseminación artificial la clasificación de homóloga y heteróloga, según se haya utilizado o no el semen de su esposo o pareja en la fecundación.

²⁴ Pérez Paña, Efraim. Infertilidad, Esterilidad, Endocrinología en la Reproducción. Primera Edición. Salvat Mexicana Ediciones SA. de C.V. México, 1981. Pág. 448.

Los casos en los que se recomienda la fecundación In Vitro son los siguientes:

- Destrucción, daño irreversible en las trompas de Falopio o extirpación quirúrgica.
- Presencia de anticuerpos antiespermatozoides en el moco cervical, o bien, defectos en el semen.
- Inaccesibilidad del ovario.
- Esterilidad de cualquier tipo.
- Falta de útero o condiciones graves en el embarazo.
- Embarazo ectópico.²⁵

1.9 MATERNIDAD SUBROGADA

Esta figura surgió como una consecuencia de la práctica de las técnicas de reproducción asistida a que he hecho referencia, debido a que en algunos casos éstas no resuelven por sí solas el problema de esterilidad u otros similares.

Existen mujeres que simplemente no pueden llevar a feliz término un embarazo, o incluso, no pueden embarazarse no por que sean estériles, sino por circunstancias de radicalidad mayor, como es la carencia de útero, o matriz infantil, etc., en estos casos la única solución posible es que se insemine artificialmente, o se le implante un embrión fecundado In Vitro a otra mujer, que desde luego no es la madre biológica, o que puede ser la madre biológica inseminada con el semen del

²⁵ *Ibidem*

marido de la mujer contratante. Concretando, una madre subrogada o sustituta, es aquella que lleva en su vientre a un niño, consecuencia o de una inseminación artificial, o bien, de la implantación de un embrión fecundado exteriormente, con el objeto de entregárselo a otra mujer, una vez que nazca.

1.10 CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

La criopreservación consiste en utilizar el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o un organismo y poderla mantener en condiciones de "vida suspendida" durante mucho tiempo.

Las células se mezclan con soluciones "crioprotectoras" especiales, diferentes según el tipo de muestra. Se utiliza un equipo computarizado que permite un estricto control de las condiciones para bajar la temperatura fracciones de grado centígrado al minuto.

La cámara de congelamiento donde está la muestra se conecta a un gran tanque de nitrógeno líquido; a través de un programa especial y sensores especiales la computadora registra la temperatura en el interior de la cámara, la temperatura de la muestra, y según las indicaciones programadas inyectará vapores de nitrógeno a la cámara para bajar poco a poco la temperatura, hasta una centésima de grado al

minuto. Una vez que la muestra está a -40°C o a -80°C se introduce y almacena en nitrógeno líquido a -196°G en tanques especiales.²⁶

Los especímenes pueden almacenarse durante muchos años y a nivel reproductivo se pueden congelar espermatozoides y embriones.

El varón tiene la posibilidad de guardar su semen congelado en ciertos casos como por ejemplo por estar desplazándose constantemente su presencia no coincide con los periodos fértiles de la pareja, o que vaya a ser sometido a vasectomía, cirugía prostática, cirugía testicular, quimio y radioterapia.

El procedimiento es muy simple, después de una entrevista donde se explica el procedimiento con sus alcances, limitaciones e implicaciones, se realizarán unos estudios obligados que son espermatobioscopia directa, espermocultivo con búsqueda de Chlamydia (parásito) y Mycoplasma (organismo entre bacteria y virus) y estudio de VIH (Virus de la Inmunodeficiencia humana).

Posteriormente se realiza una prueba de congelación-descongelación con análisis de la calidad final de la muestra para asegurar que el semen sea apto para la congelación. En caso de cumplir con los requisitos se mantiene congelada el resto de la muestra obtenida.²⁷

²⁶ Rodríguez Luño, A. y López Modjar R. La Fecundación In Vitro. Primera Edición. Ediciones Rialp. Madrid. España 1986. Pág. 93.

²⁷ Folleto Transferencia de Gametos. Op Cit

Esta muestra posiblemente permita obtener hasta 4 o 5 viales que equivalen CADA UNO a una dosis de inseminación. Habitualmente se requieren como máximo 5 dosis para lograr un embarazo en una mujer normal. Si la calidad de la muestra inicial no es satisfactoria, se requieren más muestras hasta lograr el total de las dosis que solicite el paciente.

En ocasiones después de una captura ovular para la transferencia intratubaria de embriones se obtiene un mayor número de óvulos de los necesarios. Debido a que la tecnología para congelar óvulos todavía está en etapas de investigación, se inseminan los ovocitos (gametos) sobrantes.²⁸

²⁸ Valero Origel, Alberto Op. Cit, Pág. 17.

CAPITULO II

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

2.1 PERSONA

La noción de persona es uno de los conceptos jurídicos fundamentales, su definición incumbe múltiples acepciones, jurídica, moral, filosófica, es por ello que, a lo largo de la historia se analiza una gran diversidad de puntos de vista.

“El vocablo “persona”, en su aceptación común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra “hombre”, que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo”.²⁹

El concepto de la palabra persona ha ido evolucionando y cambiando su connotación a medida que las épocas históricas han cambiado. Así nos encontramos que el concepto de persona no es el mismo en la antigüedad, como en la edad media o en nuestra época.

“Entre los latinos el sentido originario de la palabra “persona” fue el de máscara. “Persona” designaba una careta que cubría la cara del actor cuando recitaba en escena. Poco después “persona” pasó a designar al personaje que es

²⁹ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso. Parte general. Vigésima primera edición. Edit. Porrúa, México, 2002. Pág. 301.

llevado a escena y el propio actor que lo caracteriza, es decir, al individuo, hombre o mujer.”³⁰

En la lengua griega, el término persona deriva del vocablo "prosopon" que significó máscara que utilizaban los actores en el teatro.

Por ulterior desarrollo, la palabra persona, pasó a denotar al hombre; de este modo, persona termina por indicar independientemente al hombre, y éste es el significado más común y que persiste hasta hoy.

La mayoría de los juristas que se han ocupado del derecho romano, manifiestan que bajo el vocablo persona, se quería expresar el lugar o posición de individuo con relación a otros.

“En Roma para ser persona en Derecho no bastaba el nacimiento del ser humano, sino que debía reunir tres elementos o status: tenía que ser libre, no esclavo, romano, no extranjero y no estar sujeto a la patria potestad. Los que reunían estos tres elementos eran considerados personas y tenían plena capacidad jurídica”.³¹ En el mundo latino, Boecio dice que persona es una sustancia individual

³⁰ Planiol Marcel y Georges Repert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Traducción de José Ma. Cajica Jr. Cárdenas Editor y Distribuido. México, 1981, Pág. 209.

³¹ Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Octava edición, Edit. Porrúa, México, 1985. Pág. 150.

de naturaleza racional y con ella introduce el elemento de racionalidad dentro del concepto de persona.³²

Durante la Edad Media, el pensamiento alrededor de la persona continúa el camino marcado por Boecio, destacando la unidad necesaria en el individuo para ser considerado persona, pero al mismo tiempo abierta a todos los seres y que por su misma racionalidad existe en sí misma y no en otro, dueña de su propio destino.

Descartes, basa su filosofía en "Cogito ergo sum" (Pienso luego existo) la persona es fundamentalmente un ser pensante, un ser que se da cuenta de que existe, a diferencia de todos los otros seres que existen en la naturaleza, que por no tener conciencia de sí mismos no pueden pensar.

Para Kant, lo más importante de la persona es su propia dignidad "... los seres racionales se llaman personas en tanto que constituyen un fin en sí mismos...", es decir, algo que no debe ser empleado como un mero medio, algo que, por consiguiente encierra albedrío y que la persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad ... y subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir y que debe cumplirlo por propia determinación, aquel ser que tiene su fin en sí mismo, y que, precisamente por eso posee dignidad a

³² Pacheco E. Alberto. La Persona en el derecho Civil Mexicano. Segunda Edición, Editorial, México. 1991. Pág. 17.

diferencia de todos los demás seres, de las cosas, que tiene un fin "fuera de sí", los cuales sirven como meros medios como fines ajenos, y por tanto, tienen precio.³³

Pensadores modernos, como Jonathan Fichet y Max Sèller, han vuelto a afirmar la dignidad de la persona basada en su racionalidad, que abre toda la realidad circundante por su capacidad de conocer, insistiendo nuevamente en la subsistencia y la libertad de la persona que sólo tiene una explicación completa de su existencia, en su posibilidad de lograr fines trascendentes.

La voluntad no es la mera voluntad de hacer lo que se quiera, ni un deseo de poder ni de dominio, sino la posibilidad de vincularse por cosas razonables y buenas. Si el fin al que la persona se adhiere es bueno y justo, la libertad no solo queda a salvo, sino que se realiza en plenitud, si el fin no es tal, por ser malo o injusto, la persona pierde libertad.

"El legislador y el jurista deben tener la prudencia necesaria para recibir esta noción de la tradición ancestral y limitarse a tratar de mejorarla si esto es posible, partiendo del reconocimiento de su existencia y procurando no introducir en el concepto sino aquellas distinciones que sean indispensables".³⁴

La persona no es un dato que el derecho haya elaborado. No es una construcción del derecho, es una realidad biológica y social.

³³ Recasens Siches. Luis Tratado General de Filosofía del derecho. Primera Edición, México. 1959. Pág. 246.

³⁴ Atlas, Cristian. Les Persones. Les Incapacites. Colection Droit Fundamental. Droit Civil. Les Presses Universitaires de France. Paris 1985. Pág. 14.

Es cierto, solo ante la existencia de personas se puede vislumbrar la necesidad imperiosa y exigencia de crear un orden normativo jurídico, pero en estos órdenes la persona va a relacionarse mediante instituciones y figuras propias de dicho orden, por lo que en la realidad jurídica la persona se llamará "persona jurídica", pero aún antes de la creación real del orden normativo, existe ya una noción imperiosa de crear un término para referir a esos entes que se vinculan mediante conductas, haciendo indispensable la creación de ese orden normativo que regule esas relaciones.

La persona es a la vez una hipótesis de trabajo y un valor fundamental para el derecho, es un valor metajurídico y fundamento de múltiples reglas de derecho.

"No obstante que las palabras "persona" y "hombre" designan a los seres humanos, su connotación ofrece una diferencia: en tanto que con el sustantivo "hombre" propiamente se particulariza la especie en un individuo determinado como perteneciente a la humanidad, con la voz "persona", se requiere decir algo más, se apunta de manera más clara y con mayor énfasis a la dignidad del ser humano, porque alude implícitamente al hombre en cuanto está dotado de libertad para proponerse fines, y para decidir la dirección de su conducta, con vista a la realización de tales fines; en suma como un ser responsable ante sí mismo y ante los demás..."³⁵

2.2.PERSONA JURÍDICA

³⁵ Recasens Siches, Luis. Op Cit. Pág. 250. Citado por Galindo Garfias, Ignacio op Cit. Pág. 301- 302.

Se ha tratado de definir tradicionalmente a la persona jurídica a partir del entendimiento de la función que puede desempeñar dentro de la vida social y jurídica del hombre. Al respecto encontramos las opiniones de varios juristas, como es el caso de Rafael Rojina Villegas, para él, por "Persona Jurídica se entiende el ente capaz de derechos y obligaciones, es decir, el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas, de ejecutar actos jurídicos, en una palabra, el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones".³⁶

Por su parte Marcel Planiol y Georges Ripert, señalan que "... se llaman personas los seres capaces de derechos y obligaciones".³⁷

La acepción común del vocablo persona difiere de su significado jurídico ya que la primera alude al individuo de la especie humana; jurídicamente en cambio, los seres humanos son una de las dos especies de personas.

Al derecho solo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el derecho torna en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido, se dice que es persona, todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; esto es, aquel que reúne en sí los requisitos

³⁶Rojina Villegas, Rafael. Tratado del Derecho Civil Mexicano. Tomo I, Cuarta Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1969. Pág. 137 y 138.

³⁷Planiol, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental del Derecho Civil. Tomo I., Traducción de José M. Canica Jr. Cárdenas, Editor, Distribuidor. México 1981. Pág. 178.

necesarios que puedan tribuírseles las facultades o poderes que constituyen los derechos subjetivos, así la capacidad para que le puedan ser imputadas las consecuencias de derecho.

En términos generales podemos definir por sujeto de derecho o por persona jurídica, a todo ente capaz de intervenir, como titular de derechos o de posibles obligaciones, en una relación jurídica. Esta definición necesariamente se aplica tanto a las personas individuales llamadas físicas, como a los entes colectivos, denominados morales.

2.3 CLASES DE PERSONAS

Nos explica el maestro Galindo Garfias: „El derecho ha constituido un instrumento conceptual que se expresa en la palabra "persona" (sujeto de derechos y obligaciones), instrumento creado en función del ser humano para realizar en el ámbito de lo jurídico aquella porción de fines de su existencia que el derecho se ha encargado de proteger, a través del ordenamiento jurídico".³⁸

En la definición jurídica de persona se alude a un ente, pero dicho ente no necesariamente debe ser individual como es el caso de la persona en sentido amplio, toda vez que en el campo del Derecho, existen en calidad de personas entes individuales que son los seres humanos en su carácter de persona física o individual y personas colectivas, las morales.

³⁸ Galindo Garfias, Ignacio Op.Cit. Págs. 304.

Para el maestro Barbero Domenico la distinción de persona tiene una doble categoría: "... las personas físicas, que son las creadas por la naturaleza, y por el ordenamiento jurídico, simplemente reconocidas, y las personas jurídicas que son aquellas creadas mediante procedimientos técnicos, por el ordenamiento jurídico mismo..."³⁹

De este modo, el ordenamiento jurídico puede atribuir personalidad a entes distintos del hombre que no la tengan por naturaleza. Y esto es así, mediante un procedimiento técnico, que en el último de los casos atañe siempre a los intereses de los hombres.

De esta manera, las personas se dividen en personas físicas y personas morales.

Se denomina persona física al hombre y la mujer como sujetos de derechos y obligaciones. Todos los hombres, seres humanos, son sujetos de derechos y obligaciones y aún cuando su capacidad jurídica pueda estar limitada, atendiendo a diversas circunstancias, estas limitaciones no pueden ser de tal grado que anulen la personalidad.

³⁹ Barbero, Domenico. Sistema de Derecho Privado Tomo I. Traducción al español de Santiago Sentis Melendo Vol. II. Primera Edición. Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, Argentina, 1980. Pág. 193.

Paralelamente a los seres humanos como sujetos de derecho, se encuentran las personas morales que son entes creados por la Ciencia Jurídica, aceptados por los ordenamientos legales y que participan de la misma personalidad jurídica que la de los seres humanos.

Sin embargo, la adquisición de la personalidad jurídica de las personas físicas, tiene un origen jurídico-filosófico, diferente de la personalidad jurídica de las personas morales. El hombre crea al Estado y éste le reconoce incondicionalmente su personalidad jurídica, por el contrario, las personas morales no alcanzan la personalidad jurídica por el simple hecho de tener una realidad objetiva, se requiere de un reconocimiento legal expreso respecto de dicha personalidad.

Mientras que el ordenamiento jurídico no puede desconocer la existencia del ser humano como persona, si lo puede hacer con ciertas entidades o agrupaciones de individuos y bienes que se organizan para realizar ciertos fines.

De los diversos nombres que se han dado a ese tipo de personas, el Código Civil para el Distrito Federal las llama personas morales. Francisco Ferrara las denomina personas jurídicas o morales, Marcel Planiol, las designa personas ficticias y Luis Récasens Siches, las precisa como persona jurídicas colectivas.

Son personas morales, para nuestro derecho, todas aquellas enumeradas por el artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal:

ARTÍCULO 25.- Son personas morales:

- I. La Nación, los Estados y los Municipios;

- II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III. Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; y
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

La licitud de su finalidad, la permanencia de sus propósitos y no la mera transitoriedad de ellos, así como la organización de sus elementos, son los presupuestos de toda persona moral.

"... Ya se trate de la persona física, es decir, los seres humanos, individualmente considerados, o de la persona moral (el estado, municipio, las sociedades, asociaciones, etc) el Derecho protege o garantiza sólo aquellos fines que estima valiosos, y para lograr esa protección y garantizar la realización de tales fines, construye el concepto de personalidad, que es susceptible de aplicarse a la persona humana individualmente o a un conjunto de bienes o de hombres organizados para la realización de ciertas actividades jurídicamente valiosas."⁴⁰

2.4 PERSONALIDAD

⁴⁰ Galindo Garfías, Ignacio, op. Cit. Pág. 306.

"El derecho, a consecuencia de la naturaleza intrínseca del hombre, como ser dotado de Inteligencia, libertad y de responsabilidades, reconoce a la persona humana que viene impuesta al ordenamiento jurídico " .⁴¹

"La persona es el centro imprescindible alrededor del cual, se desenvuelven otros conceptos jurídicos fundamentales, como la noción del Derecho objetivo y el Derecho subjetivo, la obligación, el deber jurídico, no podrían encontrar una ubicación en el sistema jurídico sino a través del concepto de "persona. " ⁴²

"La persona en el sentido técnico es el ser humano, puesto que sólo la conducta del hombre es objeto de la regulación jurídica. En cambio la personalidad es una cualidad que el derecho toma en cuenta para regular dicha conducta."⁴³

Jurídicamente, con ligeras variantes, la doctrina define a la personalidad como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

"Personalidad en sentido jurídico, afirma Trabucchi, es la aptitud reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y obligaciones."⁴⁴

"Si persona, indica Gastan Tobeñas, es todo ser capaz de derechos y obligaciones por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibid. Pág. 310.

⁴⁴ Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil Tomo I. Traducción al español a la décimo quinta Edición por Luis Martínez Calcerrada, Madrid, España, 1967 Pag. 78.

pasivo, de relaciones jurídicas".⁴⁵ La personalidad se entiende como una aptitud abstracta que deriva necesariamente del carácter de persona, porque lógicamente no puede entenderse la personalidad sin partir de la persona, aunque es claro que son cosas distintas.

Pero fuera del estudio de la definición de personalidad jurídica, el mayor problema se presenta en su naturaleza.

De acuerdo con lo analizado, tomemos como base que la calidad de persona jurídica no tiene su causalidad en el Derecho positivo, por el contrario, ella orilla al Derecho a reconocerla, como una relación de necesidad. De la misma manera debe suceder con la personalidad jurídica, porque esta no es otra cosa que la proyección o manifestación de aquella en el mundo real, como una aptitud abstracta que es inherente a la persona jurídica y que implica la susceptibilidad de ser titular de derechos y deberes en el ámbito del Derecho. "El concepto de personalidad intimamente ligado al de persona, no se confunde sin embargo con ésta porque la personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo".⁴⁶ Es una condición necesaria para la imputación de cualquier derecho o deber jurídicos.

La personalidad jurídica tiene su origen en el carácter de persona jurídica, no en la ley o Derecho positivo.

⁴⁵ Castán Tobeñas. Derecho Civil Español Común y Toral, Tomo I, Vol. II. Onceava Edición, Edit. Reus S.A. Madrid, España 1975. Pág. 78. Citado por Pina Vara Rafael D., Elementos de derecho Civil Mexicano, Tomo II, Décima Edición, 1995, Edit. Porrúa, México, Pág. 208.

⁴⁶ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pág. 306

Contrario a lo anterior, juristas defienden la postura opuesta como sucede con Miguel Villoro Toranzo, quien señala que "no es lo mismo persona que personalidad jurídica. La primera se posee por el simple hecho de ser individuo humano; la segunda, por declaración del Derecho Positivo. Este último podrá señalar límites jurídicos a los actos humanos, pero no puede desconocer en todo individuo humano la calidad y un mínimo de derechos que ésta implica"⁴⁷, pero no obstante que el jurista afirma expresamente que la personalidad jurídica deviene de la declaración del Derecho positivo, en el fondo, reconoce que la misma no puede ser desconocida porque existe un mínimo de derecho que está inmerso en la propia persona lo que necesariamente implica la existencia de la personalidad jurídica.

Trabucchi señala que "la personalidad en sentido jurídico es la aptitud reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y deberes"⁴⁸, con lo que expresa que la ley reconoce esa aptitud, de modo que si la reconoce entonces no la crea, y en consecuencia, si no la reconoce, no por ello deja de existir. Por lo que concluimos que esta posición acepta que la personalidad jurídica existe fuera de lo que prescribe la ley.

La personalidad es un atributo inherente de la persona, es la persona misma en movimiento, proyectada hacia el exterior. Así pues, ni la persona, ni la

⁴⁷ Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al estudio del Derecho. Séptima Edición. Edit. Porrúa. México. 1987. Pág. 405

⁴⁸ Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Op. Cit., Pág. 78. Citado por Domínguez Martínez José Alfredo. Derecho Civil, Parte General, Persona, cosas, Edit. Porrúa 2ª Edición, Méx. 1990. Pág. 177

personalidad preexisten una a la otra, u otra a la una, sino que son inseparables, porque constituyen una misma realidad, no obstante que la personalidad es un atributo de la persona. De esta manera es imposible que exista la persona sin que exista la personalidad y viceversa. De ahí que se estima que comparten su naturaleza.

La personalidad jurídica se tiene o no se tiene, al respecto Sara Montero Duhalt señala que "... la personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho".⁴⁹

La personalidad jurídica no admite alteración alguna en cuanto a su naturaleza, alcances y contenido, la personalidad jurídica es igual para todos, es decir, no hay diferencia alguna entre la personalidad de alguien y la de otra persona. En todos los sujetos, trátase de personas físicas o de morales, la personalidad es la misma.

Por lo tanto, no se puede tener más o menos personalidad comparativamente con otras personas; es suficiente que el orden jurídico le reconozca el carácter de persona para que se tenga personalidad sin limitación alguna; no hay personalidad graduable.

⁴⁹ Montero Duhalt, Sara. La incapacidad. Revista de la facultad de Derecho de México. Tomo XVI, núms., 63-64, México. Julio-Diciembre, 1996. Págs.828.

El estudio de la personalidad jurídica de las personas físicas, no se limita a observar el contorno de los seres humanos como sujetos de derecho; debemos adentrarnos en el contenido de esa personalidad, compuesto por sus atributos que son un conjunto de caracteres inherentes cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas en la personalidad de los sujetos. La personalidad lleva implícitas ciertas cualidades que le son propias, por su misma naturaleza, es decir, la personalidad denota necesariamente dichas cualidades que se denominan atributos de la personalidad.

Ciertamente, si bien la personalidad es esa aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones jurídicas, aptitud que respecto de las personas físicas se tiene por el mero hecho de tratarse de un ser humano desde su concepción hasta su muerte, ella no comprende la sustancia misma de la personalidad; se compone por sus atributos que son un conjunto de caracteres inherentes a ella y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos realidad, funcionalidad y eficacia jurídica en la personalidad de los sujetos. La participación de todos ellos es lo que forma la personalidad.

Estos atributos, en la clasificación expuesta por el profesor Jorge Alfredo Domínguez son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad; la participación de todos ellos en la personalidad de un ser humano es constante e invariable y precisamente su conjunto de la plenitud que se observa en dicha personalidad, siendo suficiente para el desarrollo de este trabajo que nos ocupa su mención.

La capacidad de goce, como la personalidad jurídica, se tiene desde la concepción y se pierde por la muerte; es ciertamente paralela y consecuencia de la persona jurídica misma a grado tal, que suelen considerárseles uno solo y el mismo concepto; no obstante hay diferencias entre una y otra.

2.5 CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad la define Jorge Domínguez Martínez señalando que "... en su sentido amplio, es decir, por capacidad general, entendemos la aptitud de sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio."⁵⁰

El maestro Galindo Garfias entiende por capacidad "... tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos, y cumplir sus obligaciones por si mismo..."⁵¹

De estas definiciones podemos añadir algunos datos para ser más específicos y así podemos decir que la capacidad jurídica es la aptitud concreta del sujeto, ya sea activo o pasivo, para ser titular de derechos y deberes, así como de ejercitar los

⁵⁰ Domínguez Martínez, Jorge. Op. Cit. Pág.178.Citado por Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pág. 406

⁵¹ Galindo Garfias, Ignacio Op. Cit. Pág. 406

primeros y cumplir los segundos, en forma personal; así como comparecer a juicio por derecho propio.

El maestro Barbero Domenico, dice que la capacidad",..... es susceptible de medición por grados, y así puede ser más o menos extensa. En particular distinguimos una capacidad jurídica "general" y una capacidad jurídica "especial".

.....,la capacidad jurídica es "general" cuando se le atribuye para la totalidad de las relaciones posibles y sin especificación singulares.....,

La capacidad "especial" es la que se refiere a relaciones determinadas singulares,..... La capacidad especial se establece caso por caso; la capacidad general.... se adquiere por el nacimiento".⁵²

Para Jorge Alfredo Domínguez, la capacidad comprende dos especies; una substancial o de fondo, la cual implica la posibilidad o titularidad de derechos y obligaciones, que se denomina capacidad de goce, y otra que tiene lugar mediante el otorgamiento de actos jurídicos; se trata de la capacidad de obrar, y ésta se conoce como capacidad de ejercicio.⁵³

La capacidad de goce es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto para ejercitar sus

⁵² Barbero Domenico, sistema de Derecho Privado, tomo I, Traducido al Español por Santiago Sentis Melendo. Vol. II Primera Edición Ediciones Jurídicas .Europa-América, Buenos Aires .Argentina 1980 Pág 195.

⁵³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Cit.Pags. 176-177.

derechos y contraer y cumplir obligaciones en forma personal, así como para comparecer a juicio por derecho propio.

La capacidad de goce, como la personalidad jurídica se tiene desde la concepción y se pierde por la muerte.

La capacidad de ejercicio, en cambio se va alcanzando gradualmente en su madurez mental. Puede haber capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pues pueden tenerse ciertos derechos y carecer de la posibilidad legal de celebrar actos jurídicos para ejercitarlos; pueden igualmente contraerse obligaciones mediante la celebración de actos jurídicos que den lugar a ellos sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente.

Los demás atributos de las personas físicas son explicables también sólo en función de la capacidad de goce; ello nos autoriza a considerarla como el atributo de más importancia.

De ambas capacidades, la de goce y la de ejercicio, la primera prevalece en importancia, ya que la capacidad de goce, que corresponde a toda persona y que es parte integrante de la personalidad, puede existir sin que quien la tiene, posea la capacidad de ejercicio, puede haber y de hecho se da capacidad de goce sin capacidad de ejercicio, pues pueden contraerse obligaciones mediante la celebración de actos jurídicos que den lugar a ello sin estar en condiciones legales de hacerlo personalmente; en cambio no se puede ejercitar personalmente una serie de

derechos por medio de representantes sin tenerse estos, o en su caso de contraer directamente o a través de representante una serie de obligaciones sin que puedan llegar a asumirse. A esta ausencia de la capacidad de ejercicio se alude generalmente, cuando se dice que una persona es incapaz o está incapacitada.

Así pues, puede tenerse capacidad de goce sin contar con capacidad de ejercicio, pero no puede tenerse capacidad de ejercicio sin tener capacidad de goce.

La capacidad comprende dos tipos de aptitudes: una es la aptitud concreta del sujeto, activo o pasivo, para ser titular de derechos y obligaciones; y la otra es la aptitud concreta del sujeto de ejercitar los primeros y cumplir los segundos, en forma personal así como comparecer en juicio por derecho propio. De esta distinción se desprende la clasificación de la capacidad general en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

2.6 CAPACIDAD DE GOCE

La capacidad de goce es entonces la aptitud concreta del sujeto, ya sea activo, ya sea pasivo, para ser titular de derechos y pasible de deberes jurídicos.

" Mediante la capacidad de goce, en el derecho moderno, todas las personas se encuentran en la posibilidad de participar en la vida jurídica; son tenidas en cuenta

por el derecho en cuanto pueden ser sujetos de derechos y obligaciones,(artículo 22 del Código Civil)".⁵⁴

Jorge Domínguez Martínez hace de la capacidad de goce una clasificación gradual, donde la mínima capacidad de goce corresponde al concebido, quien solo puede ser heredero legatario y donatario; en segundo lugar aparece el menor de edad, quien tiene restricciones en el ámbito del derecho familiar y político; en tercer lugar se ubica el mayor de edad privado de sus facultades mentales, quien adolece de algunos derechos de familia; en seguida aparece el extranjero, quien tiene limitaciones de derecho político y de tipo patrimonial; luego aparece la incapacidad para heredar y por último encontramos la capacidad libre de persona y bienes que se alcanza con la mayoría de edad y con exclusión de las anteriores.

2.7 CAPACIDAD Y PERSONALIDAD.

Es tan estrecha la relación habida entre la personalidad jurídica y la capacidad de goce que hay quienes las consideran como una misma institución pues se refieren a ambas como sinónimos.

Aún siendo una categoría dentro de la capacidad en general, la capacidad de goce, suele confundirse con la personalidad jurídica. Al respecto Ignacio Galindo Garfias apunta que "Los conceptos de personalidad y de capacidad de goce, no significan lo mismo aunque se relacionan entre sí. La personalidad significa que el sujeto puede

⁵⁴ Galindo Garfias. Ignacio. Op. Cit. Págs.407

actuar en el campo del Derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que pueden presentarse. La capacidad alude a situaciones jurídicas concretas (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio con determinada persona, para adquirir este o aquel bien), ... De tal manera que sin mengua de su personalidad, una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado ... La personalidad es única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta".⁵⁵ Es de esta manera porque la personalidad jurídica no está referida nunca a tal o cual derecho, o deber, sino simplemente a una aptitud genérica, que incluso puede carecer de referencia concreta alguna. Por el contrario, la capacidad de goce siempre ésta referida a algo. Para que se hable válidamente de capacidad de goce respecto de un derecho o deber concretos, se requiere que se pueda dar, hacer, no hacer o tolerar algo.

La capacidad de goce, sí tiene su origen en el ordenamiento legal. Es entonces a este nivel, que debe de reconocerse la primacía del derecho positivo, se puede ser persona, y tener personalidad jurídica sin importar lo que disponga el ordenamiento legal, pero para poder hablar de capacidad (que necesariamente debe capacidad de goce) resulta indispensable mirar hacia el derecho objetivo porque éste puede, formalmente negar toda capacidad a alguna persona.

⁵⁵ Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Págs.306-307

Capacidad, afirma Castán Tobeñas, es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones, o, lo que es igual, para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

"En relación con la persona física, indica De Pina, se hace referencia a su personalidad, o sea, a su aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Considérese, pues, la personalidad como capacidad jurídica".⁵⁶

La personalidad jurídica es la aptitud abstracta para ser sujeto activo o pasivo en alguna relación jurídica, no se refiere a determinado derecho o a determinada obligación, sino que de manera genérica y universal se constituye una aptitud que abarca a cualquier derecho y a cualquier obligación jurídica.

La capacidad es una cualidad esencial de la personalidad. La personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho.

La capacidad, en cambio admite graduaciones. Quien es persona, quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas las capacidades; pero como estas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples.

⁵⁶ Pina Vara, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. TomoII, Décima edición. Porrúa. México 1986. Págs.208

La capacidad de goce se mide en atención a los derechos y obligaciones de los que el sujeto puede ser titular.

La personalidad jurídica no es susceptible de graduación o medida como si un sujeto tuviera más o menos personalidad, como si fuera más o menos persona.

La capacidad de goce, invariablemente en la composición jurídica de la persona física desde la concepción de ésta, puede ser y es, por el contrario de la personalidad jurídica, objeto de graduaciones; se tiene más o menos capacidad de goce; alguien puede ser capaz en determinadas circunstancias y otra persona no serlo.

La capacidad de goce en sus diversas manifestaciones, admite ser objeto de una graduación; ciertamente hay varios grados de ella, pues un sujeto puede carecer de esa capacidad para determinadas situaciones jurídicas, no obstante el principio general según el ser humano por naturaleza y hasta esencia tiene desde su concepción aunque sea un mínimo de capacidad de goce lo que a su vez implica su personalidad.

Podemos concluir que ciertamente la personalidad jurídica y la capacidad de goce son instituciones diversas; la primera es un conjunto fundamental, inmutable y único. Además no es susceptible de graduación o medida como si un sujeto tuviera más o menos personalidad.

2.8 CAPACIDAD DE EJERCICIO

"Podemos definir brevemente la capacidad de ejercicio, señala Rojina Villegas, diciendo que es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente".⁵⁷

La capacidad de ejercicio es la aptitud concreta del sujeto para ejercitar los derechos y cumplir los deberes, en forma personal así como comparecer en juicio por derecho propio, y depende enteramente de las capacidades de goce porque sólo ante la titularidad de algún derecho o deber es que se puede pretender su ejercicio personalmente.

Así como respecto de la capacidad de goce pueden considerarse diversos grados en los que se atienden limitaciones más o menos de consideración a dicha capacidad en las personas físicas, en la capacidad de ejercicio también se observa una serie de grados de los que se desprende desigualdad de posiciones en relación con esta última capacidad.

La capacidad de ejercicio puede no existir, en los casos estrictamente establecidos por la ley; la capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción. Al respecto el artículo cuatrocientos cincuenta del Código Civil del Distrito Federal establece:

⁵⁷ Rojina Villegas, Rafael. Tratado de Derecho civil. Op Cit. Pág 380.

ARTICULO 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Las normas sobre incapacidad tienen un fundamento biológico: la falta o merma de discernimiento del incapaz para poder apreciar cabalmente la conducta más acorde con sus intereses; esta carencia puede provenir de falta de madurez intelectual, como es el caso del menor edad.

La fracción I de la norma legal anteriormente citada se refiere a los menores de edad, es decir, aquellos que no han cumplido 18 años, según el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal.

De aquí la necesidad de que un representante sea quien haga valer esos derechos o acciones o se obligue y cumpla por el incapaz, o celebre por él, los actos jurídicos. Es así, como la representación legal surgió en el Derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

Así el tutor o quien ejerza la patria potestad es el representante legal del incapaz, las consecuencias de los actos que el tutor realice, en nombre y representación del incapaz recaerán en el patrimonio de este último.

2.9 DEFINICIÓN DE CONCEPCIÓN

Deriva del latín "conceptio", que significa acción y efecto de concebir.

Para la genética, está fuera de toda duda que el óvulo fecundado, es considerado ya una persona humana.

Por lo anterior, desde el punto de vista biológico, no hay duda alguna de que la concepción se actualiza cuando el óvulo es fecundado, pero para la ciencia jurídica, la concepción no se ha limitado al hecho biológico de la fecundación, debido principalmente a la dificultad que presenta su localización temporal, se abandona la idea de que la concepción sea un secreto de la naturaleza y siendo necesario fijar su época, por traer consigo consecuencias de derecho, la ley procedió a resolver la dificultad para no dejarlo al arbitrio, y establece una presunción cuyo punto de partida es el nacimiento, ya que es un hecho objetivo.

Así el artículo 324 del Código Civil, establece una presunción en su segunda fracción: son hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Los artículos 325 y 326 del Código Civil en comento, consagran una excepción a la presunción establecida en el artículo anterior, pues el cónyuge podrá excepcionarse probando que dentro de los 120 días de los 300 días que han

precedido el nacimiento le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su cónyuge (salvo lo señalado en los mismos artículos).

La fundamentación de las hipótesis señaladas en los artículos 324, 325 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal, se encuentra en el hecho biológico de que el hijo nacería en forma muy tardía de trescientos días y tempranamente de 180 días.

Antes de la reforma de veinticinco de mayo de 2000, el artículo 324 del código en mención, establecía:

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

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

Con relación al tema que nos ocupa, en materia de sucesiones, en el Código Civil para el Distrito Federal, para determinar si el presunto heredero estaba concebido al momento de la muerte del autor de la sucesión no existen presunciones especiales deben aplicarse las especificadas en los artículos 324 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal, para establecer la época de la concepción y por lo tanto la paternidad, es decir, con base en la legislación vigente se tendrá por concebido durante la vida del autor de la sucesión al nacido dentro de los trescientos días posteriores a la muerte del de cujus y con base en la legislación vigente, tomando en cuenta lo establecido en el artículo 1314 del código en mención, si el probable

heredero se encuentra dentro de esta hipótesis se le reconocerá la capacidad para heredar, condicionada a su viabilidad.

2.10 NACIMIENTO

Biológicamente, el nacimiento, referido al ser humano, se identifica con la liberación del feto del seno materno.

El nacimiento es la "... emergencia de un nuevo individuo del cuerpo de su madre"⁵⁸

El concepto jurídico de nacimiento es distinto al fisiológico. Jurídicamente el nacimiento tiene lugar si el feto desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas. Este momento posterior al nacimiento fisiológico no requiere el transcurso de veinticuatro horas siguientes al nacimiento si antes, se presenta vivo al registro civil, lo anterior de acuerdo con el artículo 337 del código en comento.

El nacimiento, desde el punto de vista jurídico, tiene por finalidad precisar técnicamente el hecho, que producirá consecuencias de derecho.

En materia sucesoria es tan importante la consumación del nacimiento desde el punto de vista jurídico que como observa Rojina Villegas, los bienes de la herencia

⁵⁸ McGraw Hill de Biología. Tomo II. Primera Edición. Editorial McGraw Hill México. 1991. Pág.120.

pueden seguir una trayectoria muy distinta si el individuo vive las veinticuatro horas o es presentado vivo al registro civil antes de ese lapso, que si muere antes de que se dé cualquiera de esos dos supuestos, pues en el primer caso será heredero y consecuentemente podrá transmitir sus bienes por sucesión mortis causa a sus herederos legítimos aún cuando su propia muerte se efectúe recién se haya producido cualquiera de las dos circunstancias que jurídicamente determinaron su nacimiento; en cambio, si tal nacimiento no se ha producido, la herencia no podrá pasar a quienes legalmente serían llamados a sucederle, sino a los herederos del de cujus que instituyó al nasciturus como heredero.⁵⁹

2.11 VIABILIDAD

Etimológicamente el término “viabilidad” proviene del francés viable, de “vie”, vida, existencia, que puede realizarse.⁶⁰

Gramaticalmente significa lo que puede vivir, especialmente referido a las criaturas que, nacidas o no a tiempo, salen a la luz con robustez o fuerza bastante para seguir viviendo.⁶¹

Entonces la viabilidad se refiere a una potencialidad del ser vivo para vivir, para mantenerse con vida

⁵⁹ Rojina Villegas. Rafael. Trarado de Derecho Civil. Op. Cit. Pág. 436.

⁶⁰ Corripio Fernando. Diccionario etimológico. Edición especial, Madrid, 1979, Pág. 496

⁶¹ Diccionario Enciclopédico Espasa. Tomo XIV. Octava Edición. Espasa-Calpe. Madrid 1979. Pág. 550

Para Galindo Garfias, la....." viabilidad tiene dos sentidos: uno la viabilidad propiamente dicha, o sea la madurez del feto, por el tiempo del embarazo de la madre, que ha de ser tal, para permitir que el producto de la concepción adquiera suficiente fuerza vital dentro del seno materno, para prolongarse ésta, después de que se ha producido el parto.

En segundo término, se encuentra la llamada viabilidad impropia, por la cual se entiende la capacidad de vida extrauterina del feto, y atendiendo solamente a la fuerza vital del recién nacido, para sobrevivir después del parto, por un período que pueda ser más o menos largo."⁶²

Nuestra legislación ha fijado en materia de inicio de personalidad un criterio rígido de necesaria viabilidad del sujeto, pero subordinando la autentica viabilidad a una presunción de viabilidad basada en el hecho de que transcurra un determinado lapso entre el nacimiento y la muerte para poder estimar que el individuo es o no viable.

En el artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal se reconoce el derecho al concebido para heredar, pero condicionada a su viabilidad y nos remonta al artículo 337, y conforme a este último artículo, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas o es presentado vivo dentro de ese plazo al juez del registro civil.

⁶² Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Op. Cit. Pág. 313.

2.12 EL NASCITURUS

El llamado "nasciturus" es el individuo concebido no nacido. Es decir, se refiere al estado transitorio que guarda un individuo durante su gestación, período durante el cual resalta que, por un lado existe como entidad individual un nuevo ser como una nueva realidad en el universo, pero por otro, experimenta una relación de dependencia vital absoluta respecto de la madre.

Hemos estimado en el presente estudio que la existencia del ser humano se constituye en el momento de la concepción, ya que es en este momento en que se inicia la vida de un nuevo ser.

·La vida de un ser humano concreto comienza en la fertilización del óvulo, es un hecho, no una mera opinión."⁶³

El ser humano desde el momento en que es concebido, goza de la protección del derecho y toda protección del Estado se traduce en un derecho.

El grado mínimo de capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido, bajo la condición impuesta en nuestro Código, de que una vez desprendido enteramente del seno materno viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. Por lo que aun antes de nacer, desde el momento en que es concebido goza de la protección del derecho de diversa índole tendentes a conservar los derechos que al nacer habría de adquirir junto con la categoría de persona.

⁶³ Jiménez Vargas, Juan y López García Guillermo. Aborto y Contraceptivos. Cuarta Edición. Edit. ENUNSA. Pamplona, España 1983. Pág. 26.

CAPITULO III

SUCESIONES

3.1 GENERALIDADES

Para desarrollar este capítulo, lo primero que debemos establecer es el concepto de sucesión; proviene del latín *successio* que significa acción y efecto de suceder. Descendencia , prole. Herencia, Masa hereditaria.⁶⁴

En el derecho romano, el patrimonio comprendía dos partes. Los bienes son el activo, las deudas el pasivo. Mientras el dueño del patrimonio tenía vida, sus acreedores tenían por garantía, no sólo sus bienes presentes, sino también sus bienes futuros. Si moría, el derecho romano le daba un continuador de su persona, llamado heredero que en su lugar quedaba dueño del patrimonio y obligado a pagar todas las deudas como si las hubiese contraído. Y los acreedores que se encontraban con él un nuevo deudor, tenían como garantía su patrimonio, unido al del difunto y el producto de su actividad porvenir.

“Según Modestino: El testamento es la justa declaración de nuestra voluntad respecto a aquello que cada uno quiere que sea hecho después de su muerte”.⁶⁵

⁶⁴ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas Décimo Quinta Edición. Edit. Porrúa México. 2001. Pág. 3011

⁶⁵ Citado por Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano, Edit. Porrúa, Octava Edición. México 1985 Pág. 214

En el derecho positivo mexicano, la sucesión puede darse en vida, que es la llamada "sucesión inter vivos", ésta siempre será a título particular, o bien, por causa de muerte "mortis causa". Esta última puede referirse a un bien determinado y no a todo el patrimonio del difunto, recibiendo el nombre de legado, pero si es a título universal se le denominara herencia.

Cuando la sucesión es universal, el sucesor recibe el nombre de heredero, pero cuando es a título particular se denominara legatario.

El artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

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

En materia de derecho sucesorio, conjuntamente con el término de sucesión debe atenderse al término herencia, hoy en día, la palabra herencia se emplea con mayor frecuencia aplicada al conjunto de bienes que se transmiten por causa de muerte a los herederos, comprende a los bienes que son objeto de la misma y así, el término connota la masa hereditaria en su totalidad.

Por sucesión mortis causa entendemos la transmisión de todos los bienes y derechos del difunto, así como sus obligaciones, que no se extinguen con la muerte.

3.2 SUCESION TESTAMENTARIA Y LEGITIMA.

La sucesión testamentaria es llamada también voluntaria precisamente por ser la expresión de la voluntad del autor de la herencia a través de su testamento.

La sucesión intestada, es denominada legítima por ser la ley la que dispone la manera de liquidar el patrimonio del de cujus.

Es decir, " ... existen en nuestro derecho dos formas de transmisión hereditaria: la que se hace por testamento y la que opera por la ley, condicionada por el hecho jurídico de la muerte. La transmisión por testamento es la más compleja, comprende dos formas: a título universal y a título particular. La primera implica la transmisión del patrimonio o de una parte alicuota; es decir, del conjunto de bienes, derechos y obligaciones a beneficio de inventario cuando el heredero es universal o de una parte proporcional determinada por el testador, cuando instituye distintos herederos".⁶⁶

El fin del derecho es ordenar las relaciones sociales conforme a la justicia y ésta consiste en dar a cada quien lo suyo. Las normas referentes a la herencia tendrán ese mismo objetivo de dar a cada quien lo suyo después del fallecimiento de una persona, respetando la voluntad del autor de la sucesión y a la ley.

⁶⁶ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Tomo II Edit. Porrúa, México, 1978. Pág. 301.

Cuando el titular del patrimonio no dejó disposición alguna para después de su muerte, toca al derecho determinar, mediante sus normas, a quien o a quienes corresponde ser el o los sucesores y nuevos titulares del patrimonio del de cujus, que a su muerte queda sin titular, así mismo establece cómo se ha de llevar a cabo tal sucesión mediante un proceso o juicio sucesorio, que sólo podrá efectuarse cuando el titular del patrimonio haya muerto, tomando en cuenta lo siguiente:

- Las obligaciones del de cujus en relación con su cónyuge, hijos y demás parientes.
- Los derechos del Estado sobre el patrimonio del de cujus.

En el sistema del Código Civil para el Distrito Federal, la ley cumple una función supletoria de la voluntad del causante: si falta la voluntad de éste, se procede en la forma que la legislación establece.

Existe la posibilidad de que el testador cuando celebra el testamento no haya dispuesto de la totalidad de sus bienes, en este caso la parte de que no se disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima, tal y como lo dispone el artículo 1283 del Código Civil, esto tomando en cuenta que la sucesión legítima es un régimen supletorio de la sucesión testamentaria.

El artículo 1599 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

Artículo 1599.- La herencia legítima se abre:

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

La sucesión testamentaria, es una consecuencia del sistema económico jurídico que reconoce y protege la propiedad privada, conforme al cual el dominio que los particulares ejercen sobre los bienes que les pertenecen, se proyecta más allá de su existencia y se manifiesta en el poder reconocido al propietario de disponer de su patrimonio para después de su muerte dictar las disposiciones testamentarias que estime convenientes.

En el régimen de propiedad colectiva, no se reconoce en el individuo propiedad sobre los bienes que constituyen el patrimonio de la familia o del grupo, por lo que si en vida no se tuvo propiedad sobre éstos, sino sólo un simple goce de un patrimonio en común, al morir no se podrá transmitir lo que en vida no se tuvo.

Así como en vida no todos los derechos son susceptibles de cesión, también por causa de muerte hay derechos que no pueden ser cedidos o ser materia de sucesión, pues se extinguen con la muerte del titular, así ocurre con el derecho personal de renta vitalicia, el derecho de alimentos, el derivado del contrato de comodato, entre otros.

Normalmente los derechos patrimoniales son susceptibles de cesión o transmisión sucesoria, pero hay algunos que, aún siendo patrimoniales, se extinguen con la muerte de su titular, por ejemplo el usufructo.

Por lo que hace al patrimonio del de cujus, a través del tiempo, han surgido diversas figuras jurídicas, como la que concebía al heredero como continuador de la personalidad del de cujus quien asimilaba y confundía con su propio patrimonio aquel que correspondía al difunto.

La concepción actual de la herencia es la que establece una separación del patrimonio del de cujus de los patrimonios de los herederos, esto es el principio que se conoce como beneficio de inventario y consiste en la protección que otorga la ley al heredero, adquirente a título universal de los bienes que constituyen la porción que le corresponde en la masa hereditaria, para el fin de que las obligaciones y cargas de la herencia se cubran con cargo a los bienes del autor de la sucesión, de manera que el heredero no responde con su propio patrimonio, del pago de esas cargas y obligaciones.

3.3 TESTAMENTO

3.3.1 CONCEPTO DE TESTAMENTO.

Para iniciar nuestra exposición ahora utilizaremos las palabras del maestro Ignacio Galindo Garfias, quien sobre la definición del testamento nos dice "el

testamento, es un acto jurídico de tipo unilateral personalísimo, del cual, puede ser revocable en vida del autor y necesariamente, su expresión debe ser completamente libre.

A través de este acto jurídico, una persona con capacidad jurídica de ejercicio, transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte, a herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de acaecida su muerte".⁶⁷

3.3.2 CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO

Ahora bien, este tipo de definición, nos lleva a pensar en diferentes elementos que continuamente hemos de considerar como son:

- El acto jurídico unilateral.
- Personalísimo.
- El hecho de ser revocable en cualquier tiempo, mientras tenga vida el autor del mismo.
- La posibilidad de otorgar una seguridad jurídica a tal declaración o manifestación unilateral de la voluntad, a través de la expresión libre y consciente de a disposición de sus bienes para después de acaecido su muerte.
- Debe ser realizado por una persona con capacidad de ejercicio suficiente, con la posibilidad de querer y entender el acto jurídico que realiza.

⁶⁷ Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Op. Cit., Pág. 603.

- Tiene por objeto preciso, la transmisión de bienes y derechos, además de las obligaciones que en un momento determinado, no se van a extinguir con la muerte. O bien, hace una declaración de deberes que deben realizarse para después de su muerte.⁶⁸

Así, en el testamento, observamos que éste tiene objetivos específicos, para hacerse cumplir aconteciendo la muerte del autor del testamento.

El testamento también es un acto libre. "No puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento solo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre para testar, o que implique renuncia de ella es también inexistente ...".⁶⁹

"... El testamento es un acto jurídico formal, en virtud de que para su validez se requiere de que la voluntad del testador conste por escrito, y excepcionalmente pueda manifestarse en forma verbal. Para los testamentos ordinarios el conjunto de formalidades constituyen una verdadera solemnidad para su existencia."⁷⁰

Podemos considerar que no se puede testar el mismo acto, por dos más personas, ni puede ser dictado mediante un poder general ya que es por esencia un acto personalísimo.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Op. Cit. Pag. 388.

⁷⁰ Ibidem, Ibid. Pág., 301.

Por otro lado, ni la subsistencia del nombramiento del heredero o legatarios, ni la designación de cantidades que a ellos les correspondan puede dejarse al arbitrio de un tercero.

Ahora bien es probable revocarlo libremente en cualquier tiempo mientras que este en vida el autor del mismo.

3.3.3 CAPACIDAD PARA TESTAR

Ahora bien, el artículo 1306 del código civil establece una posibilidad de testar, en los siguientes términos:

ARTICULO 1306.- Están incapacitados para testar:

I.- Los menores que no hayan cumplido 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

Sin duda la capacidad, es un elemento esencial de la manifestación de la voluntad, y si no se cumple nos encontraríamos en el caso de la nulidad y el testamento podría impugnarse y dejar de tener validez.

3.3.4. CAPACIDAD PARA HEREDAR

El Código Civil para el Distrito Federal, establece como regla general la capacidad para heredar, esto es, todos los habitantes del Distrito Federal tienen capacidad para hacerlo, cualquiera que sea su edad. De esta capacidad no se puede

privar a nadie de manera absoluta, pero sí puede perderse en relación con determinadas personas o bienes.

De acuerdo con el artículo 1313 de nuestro Código Civil, las causas que privan de la facultad para suceder al de cujus se mencionan como:

- Falta de personalidad;
- Delito;
- Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;
- Falta de reciprocidad internacional;
- Utilidad pública;
- Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

3.3.5 ESPECIES DE TESTAMENTO

Hay varias formas en que una persona puede hacer declaración de su voluntad para después de su muerte, y una característica distintiva de todas y cada una de estas formas, es la posibilidad de cierta solemnidad en el acto, ya sea por los testigos, por el fedatario público o por su depósito.

Rafael de Pina Vara, sobre el testamento como acto solemne dice: "como acto llamado a producir sus efectos después de la muerte del autor, el testamento quiere

rodearse de seguridades que garanticen la exacta expresión de su voluntad, pues no cabe la posibilidad de aclaraciones o rectificaciones en el momento de su aplicación. Es así que de antiguo sea exigido una forma estricta que la técnica jurídica considere elementos de existencia, por lo que el testamento es un acto jurídico solemne.

La ley ha establecido ciertas formas obligatorias para que la voluntad pueda producir efectos jurídicos como testamento. Sólo reuniendo las formalidades que la ley exige para cada tipo de testamento este puede llegar a existir como tal.⁷¹

Ahora bien, nuestra ley, en cuanto a su forma de expresión de la voluntad póstuma, hace una división en testamentos ordinarios y testamentos especiales.

Esto lo podemos observar directamente, en el contenido de los artículos 1499, y 1501 del código civil mismos que a la letra dicen:

ARTICULO 1499.- El testamento, en cuanto a su forma es ordinario o especial.

ARTÍCULO 1500 el ordinario puede ser:

- I.- Público abierto;
- II.- Público cerrado;
- III -Público simplificado, y
- IV.- Ológrafo

⁷¹ Pina Vara, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo II bienes- sucesiones. Op. Cit., Pág. 333.

ARTICULO 1501.- El especial puede ser:

I.- Privado

II.- Militar

III.- Marítimo

IV.- Hecho en país extranjero.

TESTAMENTO ORDINARIO.

Cuando los maestros Edgar Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, nos explican el testamento ordinario nos dicen: "el testamento ordinario es aquel en que, en condiciones normales, cualquier persona puede manifestar su voluntad de disponer para después de su muerte, cualquier persona puede manifestar su voluntad de disponer para después de su muerte.

Dicho testamento puede ser, público abierto, público cerrado, ológrafo.

Estos tipos tienden a garantizar la autenticidad de la voluntad y el secreto de la disposición cuando así lo desea el testador. Requiere la presencia de funcionarios públicos expresamente autorizados por razón de su cargo, para dar fe del otorgamiento."⁷²

⁷² Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Primera Edición. Edil. Haria, México, 1990, Pág. 337

Ahora Bien de conformidad con lo estipulado en el artículo 1500 del Código Civil para el Distrito Federal, el testamento ordinario puede ser, público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo.

Testamento Público Abierto:

Dicen los artículos 1511 y 1512, que el testamento público es el que se otorga ante, notario.

ARTICULO 1511.- Testamento público abierto, es el que se otorga ante notario de conformidad con las disposiciones de éste capítulo.

ARTICULO 1512.-El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y, en su caso, los testigos y el intérprete, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere sido otorgado.

Testamento Público Cerrado:

El testamento público cerrado puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego en cualquier papel; el testador debe rubricar todas las hojas y

firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiera hacerlo podrá firmar a su ruego otra persona.

En este caso, existe también la intervención del notario tal como la aseveran los artículos 1524 a 1527 de código civil, los cuales expresan la idea siguiente:

ARTICULO 1524.- El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirva de cubierta, deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al notario en presencia de tres testigos.

ARTICULO 1525.- El testador, al hacer la presentación, declara que en aquel pliego está contenida su última voluntad.

ARTICULO 1526.- El notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades requeridas en los artículos anteriores; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el notario, quien además pondrá su sello.

ARTICULO 1527.- Si alguno de los testigos no supiere firmar, se llamará a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas.

Así este testamento cerrado autorizado, se entregará al testador y el notario pondrá razón en el libro de protocolo, del lugar, hora, día, y mes en que el testamento fue autorizado y entregado.

El testador podrá conservar el testamento en su poder o dado en guardia y custodia a la persona de su confianza o incluso lo va a poder depositar en el archivo judicial.

Así, el testador que quiera depositar su testamento en el archivo, se presentará con el ante el encargado, quien lo hará asentar en el libro el objeto y razón del deposito, así como las firmas de recibido

TESTAMENTO PUBLICO SIMPLIFICADO

El testamento público simplificado es aquel que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que se vaya a destinar a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en el que se consigna la regularización de un inmueble que lleva a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, conforme a las siguientes reglas;

1. El precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año al momento de la adquisición.
2. El testador instituirá uno o más legatarios con Derecho de acrecer, salvo la designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición a favor de legatarios, estos fueren

incapaces y no estuvieran sujetos a patria potestad o tutela, el testador podrá también designarles un representante especial.

3. Si hubiera pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario puede distribuir uno o más legatarios respecto de su porción.
4. Los legatarios recibirán el legado con las obligaciones de dar alimentos a los acreedores alimentarios si los hubiere.
5. Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble
6. Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876 Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

TESTAMENTO OLOGRAFO;

El testamento ológrafo, es el escrito por el testador de su puño y letra, siempre y cuando sea mayor de edad y sepa leer y escribir, deberá establecerse por duplicado y ser depositado en el Archivo General de Notarías.

De éste tipo de testamento el maestro Manuel Cervantes nos ofrece la explicación siguiente: "Este testamento, se realiza por escrito en puño y letra del testador y no puede ser escrito por otra persona más que por el mismo testador por lo mismo el que no sepa leer o escribir no puede otorgarlo.

Se va a establecer por duplicado y debe ser presentado al encargado del Archivo General de Notarías. Puede ser otorgado en el idioma del testador, deben guardarse en un sobre, cerrarse y sellarse, y el sobre deberá contener la siguiente

leyenda: Dentro de este sobre se contiene mi testamento: puesta de puño y letra del testador. El encargado del registro hará constar la fecha y lugar de la entrega, y a la presentación deben de ocurrir dos testigos que identifiquen al autor. Además del archivo deberá de guardar uno de los ejemplares y entregar el otro al testador, registrando el acto en el libro que a efecto se lleve.

En el sobre que contenga la copia, el encargado del registro asentará la siguiente inscripción. Recibí el pliego cerrado que el señor informa contiene original de su testamento ológrafo, el cual se ve información del mismo señor o señora, existe dentro de este sobre un duplicado; este sobre también deberá ser firmado por el encargado de la oficina y por el propio testador y los testigos de identificación. El testador o persona de su confianza conservará la copia."⁷³

TESTAMENTO ESPECIAL

Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, al hablarnos del contexto de los testamentos especiales, nos explican: "testamento especial es aquel que permite solamente en caso de excepción, en casos en que no es posible el otorgamiento de un testamento ordinario, cuya eficacia es restringida en cuanto al tiempo. Constituye una forma de facilitar, en condiciones extraordinarias, el otorgamiento de disposiciones para después de la muerte. Normalmente tiene validez cuando la muerte del testador acaece sin haber podido otorgar un testamento ordinario con

⁷³ Cervantes, Manuel. Historia y Naturaleza Jurídica de la Personalidad Sucesoria Primera Edición. Edil. Cultura, México, 1962. Pág. 338.

todas sus formalidades. Este tipo de testamento puede ser privado militar, marítimo y el efectuado en país extranjero."⁷⁴

De esta manera, los testamentos especiales sólo pueden ser hechos por las personas que se encuentran en las circunstancias previstas para cada uno de ellos.

Tales son el militar, el marítimo y el que se hace en país extranjero.

En tal forma, que cada uno de los tipos de testamento van a tener sus propias características.

Testamento Privado:

Este tipo de testamento puede ser oral o escrito, pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el testador o los testigos redacten el testamento, para otorgar este tipo de testamento se requiere la presencia de cinco testigos, pero en casos de urgencia se pueden reducir a tres.

Artículo 1565 del Código Civil para el Distrito Federal.- El testamento privado está permitido en los casos siguientes:

I.- Cuando el testador es atacado por una enfermedad tan violenta y grave que no da tiempo para que acuda al notario a hacer testamento;

II.- Que no haya notario en la población, o Juez que actúe por receptoría;

⁷⁴ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Béc Rosalia. Op. Cit., Págs. 338-339

III.- Cuando, aunque haya notario o Juez en la población, sea imposible, o por lo menos muy difícil, que ocurra al otorgamiento del testamento; y

IV.- Cuando los militares o asimilados del ejército entren en campaña o se encuentren prisioneros de guerra.

"... Para que sea válido el testamento privado, es indispensable que el testador, si no puede otorgar un testamento ordinario, por la gravedad de su enfermedad o por las causas antes indicadas, esté después también imposibilitado de hacerlo, porque muera en virtud de la enfermedad o bien fallezca dentro del mes siguiente al otorgamiento del testamento".⁷⁵

Testamento Militar:

Si el militar o asimilado del ejército hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, o estando herido en el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos, o que entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición firmada con su puño y letra.

Testamento Marítimo:

Se otorga estando el testador en alta mar a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante, se otorga por escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío, y será leído datado y firmado por estos y el testador.

⁷⁵ Ibarrola, Antonio De. Op.Cit.Pag. 369. Citado por Rojina Villegas. Rafael. Compendio de Derecho Civil. Op. Cit. Pág. 405

Se hará por duplicado y se deberá conservar el mismo entre los papeles más importantes de la embarcación y de él se hará mención en su diario.

Si el buque arribara a un puerto en que se haya un agente diplomático un cónsul o vicecónsul, mexicanos, el capitán depositará en su poder uno de los ejemplares del testamento, con copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación.

Hecho en País Extranjero:

Los testamentos hechos en país extranjero van a producir sus efectos cuando hayan sido formulados conforme a las leyes de país donde se otorgaron, o bien, puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos, observando las formalidades de las leyes mexicanas.

Los funcionarios deberán remitir copia autorizada de los testamentos que se hubieren otorgado, ante la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Así, tenemos en general, que en el testamento especial, por su debida urgencia y necesidad, la ley da la posibilidad a una persona en casos extremos, de manifestar su voluntad, sobre del destino que seguirán sus bienes, derechos y obligaciones que no extinguen con la muerte, estableciendo ciertos requisitos que se deben cumplir para que el mismo sea válido.

3.4 LEGADO

El legado es una disposición mortis causa en virtud de la cual se transmite a título gratuito o con ciertas modalidades un bien material determinado o determinable o un hecho o servicio a favor de un heredero que asume la denominación de legatario.

Una consideración que debemos de hacer respecto de esta circunstancia, es el hecho de que el legado, va siempre a estar identificado, con una situación o una cosa o porción singular, el legatario simplemente es un adquirente a título particular que no responde del pasivo.

Antonio de Ibarrola, al explicarnos el concepto de legado nos dice: "legado consiste en la transmisión gratuita y al título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, a favor de una persona o a cargo de la herencia, de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador"⁷⁶.

El legado siempre se instituye en el testamento. La herencia en cambio, puede deferirse por testamento o por disposición de ley. Los legados solamente por testamento.

⁷⁶ Ibarrola, Antonio de. Cosas y Sucesiones. Quinta Edición. Edit. Porrúa, México 1981. Págs. 808 y 809.

El legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable; que puede consistir en un derecho; en una cosa o en un servicio a cargo de un heredero; de otro legatario o de la masa hereditaria.

"El legado constituye una liberalidad, es decir, una transmisión a título gratuito. Sin embargo, la ley habla de legados gratuitos y oneroso. El legado es oneroso sólo desde el punto de vista de que la cosa legada se transmite con una carga o gravamen, o bajo la condición de cumplir otro legado; pero a pesar de que se impone esta carga o condición, siempre existe un valor que se transmite gratuitamente, supuesto que la carga no puede ser superior al legado, y habrá un remanente, como en las donaciones onerosas que adquiere el legatario. Desde este punto de vista el legado siempre implica una transmisión gratuita; si la carga fuere igual o superior al valor del legado, no existiría propiamente éste."⁷⁷

3.5 INTESTADO

La sucesión ab intestato, intestada se le denomina también legítima por ser la ley la que dispone la forma de liquidar el patrimonio del difunto.

El artículo 1599 del Código Civil establece:

Artículo 1599.- La herencia legítima se abre:

I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;

⁷⁷ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Op. Cit., Pág. 302

II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;

III.- Cuando no se cumpla con 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.

La ley cumple una función supletoria de la voluntad del causante: Si falta la voluntad del difunto, se procede en la forma que la legislación establece.

El supuesto esencial del derecho hereditario: la muerte del autor de la herencia, es el fundamento común de la sucesión testada e intestada.

Las cuatro causas de apertura de sucesión intestada a que se refiere este precepto, pueden desarrollarse de la siguiente forma: Inexistencia de testamento en los supuestos normales porque no se otorgó; en los casos extraordinarios porque desapareció (por ejemplo se perdió el testamento público cerrado o el ológrafo y su duplicado, se extravió el documento donde consta el testamento militar). Inexistencia o nulidad del testamento; pérdida de validez o eficacia del testamento. Falta de institución de heredero en el testamento (por ejemplo el testador se limita a dejar un legado o a establecer la forma de dividir sus bienes entre sus herederos legítimos). Disposición parcial de los bienes del testador. No cumplimiento de la condición impuesta al heredero. Premoriencia del heredero. Incapacidad del heredero. Repudio de la herencia por el instituido.

En consecuencia las condiciones requeridas para suceder en forma legítima o intestada son: Existencia de uno o más de uno en su caso de los parientes a quien el Código Civil del Distrito Federal, da derecho a heredar en el momento de la muerte del causante; que el heredero sea capaz de heredar; que acepte la herencia.

Un principio que también se basa en el presunto afecto es el que establece que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, ... "para establecer el orden en que heredaran los parientes, ... la ley se apoya en el principio de preferencia ... si la preferencia de determinados parientes se efectúa atendiendo al presunto afecto que se supone existe entre el autor y sus herederos, de aquí que, en igualdad de grado, como es el que existe entre hijos y los padres, se prefiere a los primeros, pues es generalmente aceptado que es mayor el afecto a los descendientes que a los ascendientes. Se dice que el cariño primero baja, después sube y enseguida se extiende a los lados hacia los colaterales".⁷⁸

La sucesión legítima tiene su origen en el parentesco consanguíneo, en el matrimonio, en la adopción y en el concubinato. Sólo cuando faltan esos supuestos, heredará la beneficencia pública. Los efectos del parentesco por afinidad se limitan a crear un impedimento para el matrimonio en la línea recta sin limitación de grado.

La ley consagra tres formas de heredar: por cabeza, por líneas y por estirpe. La herencia es por cabeza cuando el heredero recibe los bienes en nombre propio,

⁷⁸ Baqueiro Rojas Edgar, Rosalia Buenrostro Báez. Op cit. Pág. 358.

tiene lugar respecto de los hijos, de los padres o de los colaterales. La sucesión es por estirpe, cuando la herencia no se transmite por derecho propio, sino en sustitución de un ascendiente (por ejemplo los nietos que concurren a la herencia de su abuelo junto con los hermanos de su padre). La herencia por líneas es la de los ascendientes de segundo o ulterior grado, ésta herencia se divide en dos partes paterna y materna.

El parentesco por consanguinidad da derecho a heredar sin limitación de grado en línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado.

Para la repartición de la herencia intestada la ley establece sucesivas órdenes de herederos. Los hijos son llamados en primer lugar a la herencia legítima.

Si concurren juntos los descendientes y el cónyuge excluyen a los ascendientes y a todos los parientes colaterales, de conformidad con lo establecido en el artículo 1608 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 1608.- Cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a éste le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1624.

En el grupo de los descendientes los hijos excluyen a los nietos y estos a su vez a los bisnietos.

Si el cónyuge concurre con descendientes tiene el mismo derecho que un hijo siempre y cuando carezca de bienes, o los que tenga al morir el autor de la sucesión, no igualen la porción de cada hijo. Se trata de evitar que el cónyuge supérstite resulte más favorecido que los hijos, en especial cuando el sobreviviente ha recibido su parte de la sociedad conyugal, si por ese régimen se casó.

Si alguno de los hijos muere antes que el testador, renuncia a la herencia o es incapaz de heredar, heredaran los hijos de éste, es decir los nietos del de cujus, así la herencia será por estirpe.

Si sólo hay descendientes de ulterior grado la herencia se divide por estirpes.

Si no hubiera descendientes heredarán los ascendientes. Si viven ambos padres la herencia se dividirá por partes iguales, si solamente vive uno de ellos el recibirá toda la herencia.

Si sobreviven hijos y padres éstos últimos sólo tienen derecho a alimentos que no excedan la porción de un hijo.

A falta de descendientes y cónyuge heredan por partes iguales los padres, a falta de uno de éstos el que viva sucede al hijo en toda la herencia.

Si sólo sobreviven ascendientes de ulterior grado por una línea hereda por partes iguales, y si hay ascendientes por ambas líneas la herencia se divide en dos

partes iguales y se aplicará una a los de la paterna y la otra a los de la materna. Los miembros de cada línea dividirán por partes iguales la porción.

Si concurren cónyuge y ascendientes, la herencia se divide en dos partes iguales, una se aplica al cónyuge aunque tenga bienes propios y otra a los ascendientes

Si concurre el cónyuge con uno o más hermanos, el primero heredará dos tercios, y el tercio restante se aplicara al hermano o se divide por partes iguales entre los hermanos, aún cuando el cónyuge tenga bienes propios.

A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos sus bienes.

Si solo existen hermanos éstos heredaran por partes iguales. Si concurren hermanos con medios hermanos aquellos heredaran doble porción que éstos.

Si sobreviven hermanos y sobrinos, los primeros heredaran por cabeza y los segundos por estirpe. A falta de hermanos se divide la herencia entre los sobrinos por estirpe.

A falta de todos los anteriores tendrán derecho a la sucesión los parientes más próximos dentro del cuarto grado y en este caso ya no se distingue la línea,

siguiendo los principios generales; los parientes de igual grado heredan por partes iguales y los parientes de grado más próximo excluyen a los más lejanos.

Si por cualquier causa no hay herederos testamentarios, se abre la sucesión legítima, si tampoco hay personas que hereden por sucesión legítima, sucederá la Beneficencia Pública.

A partir de las reformas al Código Civil en vigor desde 1984, se extendió el derecho a heredar por sucesión legítima al concubinario y se igualaron los derechos de ambos concubinos con los reconocidos para los cónyuges sobrevivientes, lo anterior conforme al artículo 1635 del Código en comento.

El concubinato es una situación de hecho a la que se le reconocen derechos sucesorios. Para que exista concubinato se requiere que la pareja haya vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones, o que sin transcurrir éste período, tengan un hijo siempre, que ninguno de ellos tenga impedimentos legales para contraer matrimonio. No se necesita Sin estos requisitos no es concubinato y no surge el derecho a heredar por sucesión legítima.

CAPITULO IV

INSEMINACION ARIFICAL POST MORTEM Y

DERECHOS SUCESORIOS.

Desde 1978 hasta nuestros días han sido numerosos los nacimientos por los métodos de la fecundación in Vitro y traslado de embrión, asimismo las clínicas especializadas se han multiplicado en el mundo. Nuestro país no ha escapado a esta situación y las fecundaciones por estos métodos son ya una realidad como resultado de la necesidad de dar tratamiento a los problemas de reproducción humana.

Sin embargo desde los orígenes de estos procedimientos han existido problemas serios en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto parejas que han encontrado en la fertilización asistida una respuesta a sus problemas.

Tal como todos, nosotros hemos experimentado desde nuestras distintas responsabilidades, nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética, realidades que plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley.

Los avances científicos cursan generalmente por delante del derecho, el que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asincronismo entre la ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos, que debe solucionarse para evitar dejar a los individuos y la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido una de esas causas generadoras de tales vacíos, por sus repercusiones jurídicas

Santo Tomás de Aquino expresó en la cuestión XCVI de la Suma Teológica, con su singular sapiencia lo siguiente:

“Los actos humanos regulados por las leyes, son contingentes, pueden variar; no es posible establecer leyes infalibles”.⁷⁹

Lo anterior es del todo acertado, ya que si hay algo cambiante o variable es el acto humano. Esta verdad se da en ocasiones por descuido del legislador, porque la ley de hoy, tal vez mañana sea incompleta o quede en desuso por el cambio de la circunstancia o del hecho real que le dio origen.

La solución que hoy propongo, en el presente trabajo de tesis, en relación a las consecuencias de la procreación posterior a la muerte del padre, como resultado

⁷⁹ Santo Tomás de Aquino. Suma Teológica Nueva Versión sobre el Texto Latino con notas explicaciones y comentarios por Leonardo Castellani. Tomo IV. El Hombre. Primera Edición. Club de Lectores. Buenos Aires, Argentina .1994. Pág. 251

de la concepción por métodos artificiales, es pretender que se legisle de acuerdo con los cambios de las relaciones humanas, a consecuencia de los avances de la ciencia en el aspecto antes referido, previniendo situaciones o estableciendo hipótesis, que permitan la existencia de una ley mas humana , mas justa , mas equitativa y segura, con el mínimo de lagunas jurídicas posibles en ese aspecto.

Nosotros hoy vemos un mundo nuevo, diferente al que observaron nuestros progenitores, nos encontramos ante las técnicas de fecundación artificial humana, como el inicio de una nueva era para el género humano; junto con ella surge la duda sobre cómo resolver los problemas que puedan derivarse de la aplicación de estas técnicas, la reacción inmediata del jurista es la de encontrar una regulación adecuada para las nuevas circunstancias como fue el caso de las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el veinticinco de mayo del año dos mil, que a mi juicio requieren de un nuevo análisis y estudio para el caso que hoy planteo en el presente trabajo de tesis que se refiere a la inseminación artificial post mortem y los derechos en materia sucesoria para el hijo concebido por esta técnica.

Son varias las interrogantes que se han presentado a los jueces de algunos países para que determinen lo conducente, considerando que es un principio de derecho el no dejar de resolver el asunto, aunque no exista legislación aplicable al caso concreto.

Tal es el caso que se dio en Francia en 1984, cuando una pareja de recién casados residente en Marsella, quienes al descubrir que el marido padecía de

cáncer, decidieron depositar semen en un laboratorio, a fin de que ella pudiera ser fertilizada después de su muerte. Ocurrida la muerte del marido después de un largo y complicado proceso se resolvió en un fallo del Tribunal de Gran Instancia de Créteil en el sentido de que se practicara la inseminación artificial a la viuda Corinee Parpalaix con el semen de su marido muerto. Intentada la inseminación post mortem fracasó.

En nuestro entorno, al tenor del artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal el juez se ve obligado a resolver toda controversia aún cuando exista insuficiencia, oscuridad o silencio de la ley; empero, si bien es cierto tal precepto obliga al órgano jurisdiccional a resolver en primer lugar atendiendo a la letra de la ley, cuando el sentido de la ley es dudoso debe acudir a la interpretación jurídica.

Si el caso planteado ante el juez no estuviere previsto no por eso este dejará de fallar, sino que deberá colmar la laguna legal recurriendo a los Principios Generales de Derecho, esto de conformidad a lo establecido en el artículo 19 del código antes mencionado.

Esta disposición es acorde con el artículo 14, párrafo cuarto constitucional, según el cual "En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales de derecho".

El Código Civil anterior mente citado, es más amplio, ya que se refiere no sólo a la sentencia definitiva, sino a todo acto de aplicación de la ley en cualquier momento del juicio.

En ocasiones se tiene un precepto legal que por anticuado o contrario a los avances de la ciencia que originan nuevas realidades humanas, se encuentra en franca contradicción a dicha realidad humana. Esto hace necesario adecuar nuestra legislación, para dar al juez los instrumentos para que pueda resolver de la mejor manera, los problemas que se presentan.

No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica deben continuar su expansión y su progreso, y no debe ser limitada, si no es con base en criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen. Es preciso por ello una colaboración abierta y rigurosa entre la sociedad, el derecho y la ciencia, de modo que desde el punto de vista del respeto de los derechos y las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites que las normas de derecho establezcan atendiendo a las necesidades que la sociedad requiera.

Somos conscientes que los seres que han hecho del derecho su pasión, deben permanecer atentos y alertas ante los trascendentales descubrimientos científicos, pues a su iniciativa corresponde en gran medida, sugerir, promover y

difundir los límites y posibilidades jurídicas, teniendo en cuenta el principio del primado de la persona sobre cualquier otro interés.

La nueva realidad es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas de derecho civil que ya resultan incompletas o simplemente ineficaces, como en el caso que se analiza en este estudio, y que es el de la sucesión y filiación, en el caso específico la temporalidad y aspectos relacionados con los nuevos métodos de reproducción humana debidamente aceptados por la comunidad científica internacional, dentro de la cual desde luego se encuentra México.

Dentro de esas nuevas realidades a las que nos enfrentamos, se da la siguiente cuestión:

¿Quién hubiera pensado en la posibilidad de dar vida después de la muerte?

Ahora, esto es posible gracias a los avances médicos en materia de reproducción asistida, esto es, el procedimiento consiste, en introducir artificialmente en el cuerpo de la mujer el esperma para fertilizar el óvulo, o bien de lograr en el laboratorio la fertilización de uno o más óvulos, para luego proceder, una vez fecundados los óvulos, a transferirlos al cuerpo de la mujer.

La utilización de estas nuevas técnicas de fecundación humana exige contar con una provisión de espermias, que debidamente tratados permitirá su conservación

hasta que llegue el momento oportuno de su empleo, según la voluntad y conveniencia de las personas que intervengan directamente en la aplicación de éstos métodos. Para ello se utiliza lo que actualmente se conoce con el nombre de "bancos de espermias".

Según los estudiosos de la genética, para que el semen tenga la mejor potencialidad fertilizante se realiza una capacitación espermática, con lo cual se seleccionan los espermatozoides con mejor movilidad y morfología para utilizarse en inseminación. Ante esta realidad que nos brinda la ciencia de poder conservar congelados los gametos masculinos para su posterior utilización, aparece la posibilidad también, de llevar a cabo este procedimiento sobre embriones humanos.

En el matrimonio el esposo tiene la posibilidad de guardar su semen congelado, en el supuesto de que por estar desplazándose constantemente a grandes distancias de su hogar conyugal, su presencia no coincide con los períodos fértiles de esposa y ambos deseen tener descendencia; o bien también puede darse el caso que para efectos de procreación se encuentren ante la problemática de que el varón, vaya a ser sometido a vasectomía, cirugía prostática, cirugía testicular, quimio y radioterapia. Así también se puede considerar en parejas en segundas nupcias y cuyo esposo está vasectomizado, en estas hipótesis puede darse el supuesto de extracción de semen para utilizarse en fecundación artificial.

Todo lo anterior no tiene ninguna trascendencia, si se está ante el supuesto de que el varón se encuentre vivo, pero en el mundo fáctico tenemos que pensar que

puede acontecer, que ante la posibilidad de congelar las células reproductoras masculinas, existe la probabilidad de que la inseminación se llevara a cabo luego de fallecido el padre, es decir nos encontramos ante la llamada inseminación artificial post mortem.

Tradicionalmente lo único pensable era que el coito fuera la única vía que daba lugar a la fecundación de la mujer, embarazo y posteriormente al parto, pero como venimos demostrando durante el transcurso del trabajo, debido al gran desarrollo de la ciencia, actualmente existe la posibilidad de que el ser humano pueda transmitir vida aún después de la muerte.

Las mencionadas técnicas de reproducción asistida, han introducido cambios jurídicos sustanciales que inciden directamente sobre la regulación de la filiación y los derechos que ésta conlleva. Esta nueva realidad a la que venimos aludiendo parte de un presupuesto inicial completamente diferente, ahora es posible la procreación sin relación sexual.

Esta situación o relación nueva, requiere un tratamiento en congruencia con ello, o bien elaborar una nueva categoría jurídica con terminología idónea y un régimen jurídico apropiado, con soluciones también nuevas, o buscar adecuar esos viejos esquemas a nuestra realidad.

El deseo de tener descendencia forma parte de la condición humana, deseo que a veces se ve frustrado por causas orgánicas. La medicina intentó

permanentemente remediar este mal y no lográndolo, surgieron los diferentes métodos de inseminación. Así en el laboratorio realizó aquello que no se lograba por los medios naturales, es decir, procreación sin sexo.

Estas nuevas técnicas científicas desafían algunos principios del derecho de familia, alterando el orden social vigente y comprometiendo de esta forma los pilares básicos de la Sociedad Mexicana.

En la inseminación post mortem, el esposo al morir deja su semen para poder engendrar vida, así se produce la concepción y gestación del hijo, con posterioridad a la muerte de su padre biológico.

Nada, médicamente hablando, impide la realización de este método, dado que las células germinales masculinas pueden conservarse durante mucho tiempo, aproximadamente cincuenta años pero jurídicamente es necesario analizar esta situación.

Ahora bien, cabría preguntarse, si los nacidos bajo estos métodos gozan de los mismos derechos que los concebidos en forma natural, o si en su caso existe alguna discriminación por razón de temporalidad en el nacimiento, en perjuicio del menor concebido por inseminación artificial o fecundación in Vitro.

Por lo que hace a la primera interrogante, el legislador ha hecho un esfuerzo al tratar de incorporar la realidad, en materia de reproducción asistida, a la norma,

situación que se observa por ejemplo en la reforma hecha al artículo 293 del Código Civil, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el veinticinco de mayo del año dos mil, así el artículo 293 del Código Civil, antes de la reforma establecía.

El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Reformado quedó de la siguiente manera:

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

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

En el caso de la adopción se equipará al parentesco por consanguinidad, aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo".

Las consecuencias jurídicas de éste tipo de parentesco son varias y difieren dependiendo del grado o de línea que se trate. En general podemos afirmar que la determinación de la relación de parentesco es importante sobre todo por dos efectos: En relación de la obligación alimenticia y respecto de la sucesión legítima, en ambos

casos sólo las personas a quienes la ley reconoce como parientes, tienen derechos y obligaciones entre sí.

De esta manera el legislador le reconoce al hijo concebido por métodos artificiales los mismos derechos que, el que fue concebido por métodos naturales.

Pero la inseminación post mortem nos enfrenta con amplias cuestiones a dilucidar, específicamente la encrucijada más difícil de resolver es la atinente a los derechos sucesorios del hijo nacido por esta práctica de gestación.

Nuestra legislación establece como un presupuesto para tener derecho a la sucesión, que la concepción se haya producido durante la vida del autor de la sucesión, de conformidad con el artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal (al igual que el Federal de la misma materia), el cual señala:

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

Ahora bien, la concepción biológicamente hablando, se da cuando se unen las células reproductoras masculinas (espermatozoides) con las células reproductoras femeninas (óvulos), pero jurídicamente es difícil precisar el momento de la concepción.

En materia de sucesiones no existen supuestos específicos para determinar si el presunto heredero estaba concebido al momento de la muerte del autor de la sucesión, por lo que al respecto se aplica la presunción legal señalada en el artículo 324, fracción II, del Código Civil, con relación a la paternidad, el cual a la letra señala:

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

I.- Los hijos nacidos dentro del matrimonio; y

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

La filiación es el vínculo de unión de los hijos con los padres. Al respecto nos refiere el jurista Edgar Baqueiro Rojas "Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres (la maternidad queda involucrada en este concepto), y de filiación cuando se enfoca desde el lado del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y deberes."⁸⁰

⁸⁰ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Op. Cit. Pág. 179

El derecho va a reconocer el hecho biológico de la procreación a través de la filiación, sin embargo, es necesario ajustarse a las disposiciones previstas en la ley, para que este hecho natural produzca consecuencias de derecho, tales como el nombre de la persona, derecho a los alimentos y derechos sucesorios.

Según lo detalla en su obra de derecho Manuel F. Chávez Asencio, "La filiación como vínculo jurídico no es solo biológico, se requiere adicionalmente el reconocimiento legal. Lo usual es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno con la biología".⁸¹

En la misma tónica el estudioso del derecho Antonio de Ibarrola establece: "La filiación como hecho natural, existe siempre con relación a todos los individuos, puesto que cada individuo es hijo necesariamente de una madre y de un padre".⁸²

La filiación como un hecho jurídico origina una relación especial entre los procreantes y el procreado, con derechos y deberes recíprocos entre progenitores y descendientes.

El artículo 324 del Código Civil establece un principio de certeza por lo que hace a la filiación, basado en márgenes de temporalidad que establece tal precepto en cuanto al nacimiento del descendiente.

⁸¹ Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno- Filiales. Cuarta Edición, Edit. Porrúa, México, 2001. Pág. 300

⁸² Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia OP. Cit. Pág. 300.

Así pues los hijos que tiene una mujer casada son también del marido y sólo admite como pruebas en contra la de temporalidad para imposibilitar la procreación, es decir, la de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones con su cónyuge, y las que el desarrollo científico pueda ofrecer de conformidad con el numeral 325 del mismo código civil.

Pero el cónyuge no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos, de acuerdo con lo establecido el último párrafo del artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

En cambio los hijos de una mujer que no esta casada en principio no pueden atribuirse a un varón determinado; la paternidad en este caso surgirá del reconocimiento voluntario, o bien el resultado de del ejercicio de una acción civil. El primer acto recibe el nombre de reconocimiento de los hijos, la acción se denomina acción de investigación de paternidad.

El artículo 324 del Código Civil, antes de la reforma de veinticinco de mayo de dos mil, establecía la siguiente presunción: son hijos del matrimonio los nacidos ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio (Fracción I), y también dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del mismo, ya provenga esta de nulidad de matrimonio, divorcio, o de muerte del marido (Fracción II).

Los plazos citados se fijaban de acuerdo a que el ser humano tarda en su gestación doscientos setenta días en la mayoría de los casos, plazo que puede acortarse o alargarse por variadas circunstancias biológicas. Sin embargo, el tiempo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable, no puede ser inferior a los ciento ochenta días ni puede permanecer dentro del vientre materno por un período mayor a trescientos días.

El fundamento del artículo en comento, en sus dos fracciones, se basaba en la concepción del hijo dentro del estado matrimonial como resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges.

Después de la reforma sólo prevaleció este supuesto en la segunda fracción fundándose en el hecho biológico de que el hijo nacería en forma tardía, pero biológicamente posible, trescientos días después de que los cónyuges han quedado separados.

Ahora bien, paralelamente al artículo anterior, cabe analizar la reforma de veinticinco de mayo del año dos mil, realizada al artículo 329 del Código Civil:

Artículo 329 (después de la reforma).- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Artículo 329 (antes de la reforma).- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán

promoverse, de conformidad por lo previsto por este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Debemos partir de la base de que si el hijo nació después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, en nuestro caso debido a la muerte del progenitor, la concepción tuvo que haberse dado necesariamente después del fallecimiento de éste y por lo tanto por medio de fecundación asistida.

Ahora bien, el artículo señalado con anterioridad, excluye la posibilidad de ejercitar la acción del estado civil a quienes pudiese perjudicar la filiación, como podría ser cualquier heredero legítimo o testamentario que tuviese interés actual en el momento del ejercicio de la acción, a efecto de que se le desconozca la filiación al concebido por estas prácticas por haber nacido después del término señalado en la fracción II del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece que los hijos nacidos trescientos días después de la muerte del autor de la sucesión no se consideraran hijos de los cónyuges.

Por lo anteriormente señalado, el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal, presumirá hijo del de cujus y de la esposa que este tuvo en vida al concebido por métodos de fecundación asistida y nacido después de los trescientos días de disolución del matrimonio siempre y cuando medie consentimiento expreso por parte de estos en el uso de esa técnica de reproducción artificial, lo que resulta

congruente con lo estipulado en el párrafo segundo del artículo 293 del mismo ordenamiento legal, deduciendo así que trae como consecuencia todos los derechos que conlleva la filiación incluyendo derechos sucesorios.

De esta manera en caso de existir testamento y el hijo concebido y nacido por técnicas de inseminación artificial con posterioridad a la muerte del padre haya sido instituido heredero estará legitimado para suceder, y en el supuesto de que en el testamento no este considerado como heredero se estará lo dispuesto en el artículo 1377 que establece:

Artículo 1377.- No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a recibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente de otra cosa.

En caso de intestado este tendrá derecho a percibir la parte que le correspondería como hijo del de cujus.

Otras de las reformas en materia de filiación son las que encontramos en los siguientes artículos:

Artículo 325 (antes de la reforma). - Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al

nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiera ofrecer.

Artículo 326 (después de la reforma).- 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 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 pudiera ofrecer.

Complementando el artículo el artículo 326 del mismo código, señala:

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

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

Artículo 326 (después de la reforma).- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que

durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

Como puede observarse, mientras que el artículo anterior da una protección a los hijos concebidos por métodos de fecundación asistida dentro del estado matrimonial, el artículo 329 del Código Civil da esa misma protección pero a los concebidos después de la disolución del matrimonio, al señalar que las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio (si nace trescientos días después de la disolución del matrimonio, científica y biológicamente sólo es posible mediante la concepción después de que sobrevino la disolución del matrimonio, y en el caso de muerte del padre esto sólo se puede dar mediante la fecundación artificial post mortem) no prosperarán si el cónyuge consintió expresamente el uso de éstos métodos.

Así, anteriormente el legislador se basaba únicamente en el contacto sexual entre los cónyuges para determinar la paternidad, pero naturalmente el basamento de esas normas se quebranta en nuestra época con la fecundación artificial, motivo por el cual el legislador tuvo que adecuarlas a la realidad actual.

Ahora bien, con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la fecundación post mortem se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente producto conyugal, pero jurídicamente extra matrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala el Código Civil en el mencionado artículo 324, para presumir que se

trata de hijo de los cónyuges y sin embargo darse el parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de la reproducción artificial y de quienes la consienten.

Además, los hijos que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, en la actualidad son considerados incapaces de adquirir por testamento y por intestado, por lo que el hijo póstumo concebido bajo este esquema queda excluido de toda posibilidad de ser considerado heredero del de cujus.

Si consideramos que el hijo nacido fuera de matrimonio, por evidente que resulte para la madre, para el padre o para quienes los conocen que el hijo de la mujer es de determinado varón, el derecho no establece entre ellos el lazo de filiación. Por ello para que se establezca la filiación y sus consecuencias jurídicas, es necesario el reconocimiento voluntario que el progenitor haga de su hijo, o que una sentencia le considere forzosamente la paternidad a un determinado varón.

Pero esto no ocurre con el hijo nacido después de los 300 días de terminado el matrimonio, concebido por métodos de fecundación artificial, ya que a mi juicio interpretando el comentado artículo 329 del Código Civil, el consentimiento expreso del uso de los métodos de fecundación asistida produciría los mismos efectos legales que se derivan cuando es considerado hijo de los cónyuges.

Pero independientemente de esto, en el caso de inseminación artificial post mortem, en el presente trabajo se plantea la posibilidad, que hasta ahora no existe, de que el marido pueda consentir en escritura pública o testamento que su material

reproductor sea utilizado para fecundar a su mujer incluso después de su muerte, lo cual tiene por objeto reconocer la filiación al niño que nazca, y por lo tanto el surgimiento de sus correspondientes consecuencias legales.

Así mismo, la voluntad de los cónyuges de llevar a cabo la inseminación artificial debe expresarse en un documento elaborado por la clínica llamado 'consentimiento informado'

Si es voluntad de los cónyuges que las células reproductoras del marido se utilicen para inseminar a la esposa después de la muerte del cónyuge varón, se deberá manifestar dicha voluntad en el documento denominado consentimiento informado.

Consideramos que dicha voluntad es el factor determinante para que podamos justificar dicha inseminación.

El documento por el que el marido haya destinado sus células reproductoras para la fecundación de su cónyuge, deberá cubrir los requisitos que establece el artículo 22 de la Ley General de Salud, debiendo contar además, con el consentimiento de la futura madre.

Por tanto dicha voluntad expresa, predetermina la relación jurídica entre el hijo y el hombre fallecido, con todos sus correspondientes efectos legales.

De esta manera constará fehacientemente el consentimiento de ambos cónyuges, protegiendo los derechos sucesorios del hijo póstumo, que sugiero se reconozcan, evitando así fraudes que podrían perjudicar a los demás acreedores.

Por otra parte el artículo 333 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

Artículo 333.- Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, cuando el esposo no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán, para proponer la demanda, sesenta días, contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia.

De lo antes expuesto, se deduce que son dos causas por las que no se puede impugnar la paternidad por los herederos del cónyuge varón a quienes les afecte la misma:

Cuando el hijo nació dentro del matrimonio y el cónyuge no haya interpuesto la demanda, excepto cuando el cónyuge haya muerto incapaz conforme al artículo 332 y 333 del Código Civil para el Distrito Federal y,

Cuando el cónyuge consintió expresamente en el uso de técnicas de fecundación asistida a su cónyuge y el hijo nació trescientos días después de la disolución del matrimonio (artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal).

Así mismo, en las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal, el veinticinco de mayo del año dos mil, el legislador se basó en el principio de paternidad biológica, para determinar la filiación, estableciendo un régimen de determinación abierto, en el que se antepone la verdad exacta y real, es decir la genética, dejando de lado el régimen cerrado de presunciones, sustentado en supuestos irreales o falsos, situación que vemos reflejada por ejemplo, en el Capítulo II, del mismo ordenamiento legal, titulado: De las Pruebas de Filiación de los Hijos, en artículos como el 341 que precisa:

Artículo 341.-A falta de acta o si esta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

De esta manera y de acuerdo con lo establecido por el artículo anterior, un principio de prueba sería el documento privado que se realiza entre la clínica encargada de llevar a cabo estas técnicas de reproducción artificial en donde

consta fehacientemente el consentimiento de los cónyuges a que se lleve a cabo la inseminación artificial post mortem, o bien, una prueba de ADN, en el supuesto de inseminación homóloga. En caso de inseminación artificial post mortem analizando el material genético del padre y del hijo; el material genético del primero se puede encontrar en el semen que dejó el marido muerto y, del hijo se puede analizar tomando muestras de sangre, de saliva y hasta en el cabello.

Ahora bien, siguiendo esta temática, en la hipótesis de que el esposo dejara instrucciones para poder llevar a cabo la inseminación artificial en su esposa aún después de la muerte de éste, y ésta estuviera de acuerdo, deberá la cónyuge superviviente manifestar lo anterior al juez que conozca de la sucesión, para que lo notifique a los que tengan un derecho a la herencia, el cual se puede ver afectado por el posible nacimiento del hijo póstumo concebido por inseminación artificial.

Lo anterior, primero con la finalidad de dejar a salvo los derechos del producto de la inseminación artificial post mortem por un período de trescientos días, mas el lapso de tiempo señalado para poder llevar a cabo la inseminación artificial, para el reconocimiento respectivo de los derechos que le pudieran corresponder en la sucesión del cujus al producto de la inseminación, sujeto desde luego a su viabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 337 del Código Civil.

Artículo 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado

vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

El concepto jurídico de nacimiento es distinto al fisiológico. Jurídicamente el nacimiento tiene lugar, sí el feto desprendido enteramente del seno materno vive veinticuatro horas. Este momento posterior al nacimiento fisiológico no requiere el transcurso de veinticuatro horas siguientes al nacimiento si antes es presentado vivo al Registro Civil. El nacimiento, desde el punto de vista jurídico, tiene por finalidad precisar el surgimiento de las consecuencias de derecho.

Lo anterior también con la finalidad de que los herederos puedan, en los casos que el código lo permite, de contradecir la paternidad, o en el caso que nos ocupa por ejemplo de cerciorarse de la existencia del consentimiento a que se refiere el artículo 329 del citado código, o comprobar la certeza del parto, así como asegurarse de la viabilidad del producto, para evitar simulaciones o fraudes que los perjudiquen.

De esta manera, adecuando el artículo 1648 del Código Civil al caso de la inseminación artificial post mortem, la división de la herencia se suspenderá hasta que, en caso de que se llegara a concebir por dicha técnica, se verifique el parto o hasta que transcurra el plazo para poder llevar a cabo la concepción artificial más los trescientos días, término máximo de la preñez.

Los hijos cualquiera que sea su origen y época de nacimiento no tienen categorías distintas como en otras legislaciones y en la anterior al Código de 1928. Para la legislación mexicana sólo existen hijos con iguales derechos respecto de sus progenitores, así el artículo 389 del Código en comento establece:

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.

Si partimos de esta base, en el Título II, Capítulo V De los bienes que se pueden disponer por testamento, y de los testamentos inoficiosos, el artículo 1368, le impone la obligación al testador de dejar alimentos a sus descendientes:

Artículo 1368.- El Testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

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

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

III.- Al cónyuge supérstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente

IV.- A los ascendientes;

V.- A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos,

siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueran varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna tendrá derecho a alimentos.

VI.- A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Artículo 1371.- Para tener derecho de ser alimentado se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos fijados en el artículo 1368 y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones a que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta o adquiera bienes, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo anterior.

La línea recta es ascendente cuando liga a una persona con su progenitor o tronco de que procede, y descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

Aunado a esto los artículos 292 y 293 (también reformados el veinticinco de mayo de dos mil) del código en mención determinan:

Artículo 292.-La ley no reconoce mas parentesco que la de consanguinidad, afinidad y el civil.

Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

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

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuere hijo consanguíneo.

Así, el padre que concibe después de muerto, gracias a las técnicas de fecundación artificial, tiene un descendiente al cual le corresponden todos los derechos de hijo, empero no obstante lo dispuesto en los artículos 1368 y 1371, tiene obligación de dar alimento al hijo concebido post mortem de acuerdo al artículo 303 del mismo Código Civil, ya que el consentimiento expreso del marido de llevar a cabo estas técnicas, ya sea en un documento público o en un documento privado (consentimiento informado) trae como consecuencia la filiación de quienes la consientan y por lo tanto, su obligación persiste aún después de su muerte, por lo cual para efectos de este estudio jurídico, también es menester adecuar los numerales 1368 y el 1371 del Código Civil en el caso antes relatado de la concepción post mortem.

En efecto, el hijo concebido por medio de inseminación artificial post mortem y que cumpla con los requisitos señalados en el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal tiene derecho a que se le reconozca como descendiente de los

cónyuges, lo que traería aparejado todos los derechos que esta conlleva, incluyendo los establecidos en los artículos 1368 y 1371 del código en mención.

Artículo 303.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grados.

En materia de sucesión intestada, también encontramos protección a los descendientes, la ley le reconoce derechos sobre los bienes de su progenitor:

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 satisface en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;

II.- A falta de los anteriores la beneficencia pública.

Los hijos son los considerados en primer lugar a la herencia legítima dado el principio establecido en el numeral 1604 del Código Civil, en el sentido de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.

Reiterando, el Código Civil actual no hace ninguna distinción entre los hijos cualquiera que sea su origen. Históricamente no siempre fue así; tanto el Código

Civil de 1870 como el de 1884 distinguían entre los hijos legítimos, los naturales y los legitimados, acordándoles diferentes derechos en el haber sucesorio.

En el derecho actual, los hijos de cualquier clase concurren a la herencia del padre o de la madre. Situación que entra en conflicto con lo estipulado en el artículo 1314, que priva de todos estos derechos al hijo nacido por la técnica de inseminación artificial concebido con posterioridad a la muerte de su padre.

Por lo antes expuesto, por un lado el derecho trata de proteger mediante sus normas a los concebidos mediante éstas técnicas reconociéndole filiación al hijo nacido después de los trescientos días a la disolución del matrimonio, en nuestro caso, disolución proveniente de la muerte del padre, por lo tanto concebido también después de la muerte del cónyuge varón, pero por otro lado deja de proteger a los mismos sujetos, cuando no prevé que esas modificaciones traen aparejadas consecuencias en otras figuras del derecho civil como por ejemplo en el caso de alimentos y sucesiones.

De esta manera con base en la norma jurídica vigente si no se le otorga ningún derecho al concebido por esos métodos después de la muerte de su padre, aún siendo hijo biológico de éste significaría un hecho discriminatorio legalmente hablando por lo que implicaría un retroceso de derecho ante un gran avance científico, motivo por el que es urgente que se propongan adecuaciones al artículo 1314 del Código Civil así como a los que en su entorno hemos relacionado en esta tesis profesional, para el efecto de que el hijo concebido con posterioridad a la

muerte de su padre por medios de fecundación artificial y nacido de conformidad con lo establecido en el artículo 337 del mismo ordenamiento legal pueda suceder ya sea por testamento o por intestado.

A continuación se incluye el formato de consentimiento para el programa de reproducción asistida que maneja la Clínica Lomas Altas, S.A. de C.V.

APENDICE

I.- FORMA DE CONSENTIMIENTO PARA EL PROGRAMA DE REPRODUCCION ASISTIDA
Autorización (o consentimiento) para la administración de anestesia y/o realización de intervenciones quirúrgicas u otros procedimientos.

Nombre del paciente:

Fecha y hora

Por medio de la presente otorgo mi consentimiento y autorizo a los médicos del Programa de Reproducción Asistida de LA CLINICA LOMAS ALTAS para la realización de los siguientes procedimientos, diagnósticos y/o terapéuticos:

- Venopunciones
- Obtención y cultivo de secreciones
- Ultrasonido abdominal y/o transvaginal
- Endoscopias
- Punción folicular
- Lisis de adherencias
- Fulguración de endometriosis
- Empleo de láser
- Registro foto y/o videográfico de los procedimientos.

Yo reconozco que:

- a) La naturaleza y el propósito de los procedimientos mencionados sus riesgos, alternativas y las posibilidades de complicaciones, me han sido explicadas por los médicos y que todas mis preguntas han sido respondidas a mi entera satisfacción. He sido informado que la práctica de la medicina, cirugía y anestesia no implica una garantía para los resultados que podrán ser obtenidos.
- b) Yo autorizo la realización de los procedimientos necesarios antes mencionados, y si durante la realización de dichos procedimientos, otras condiciones son descubiertas y que, en el mejor criterio del grupo de médicos tratantes, requiere una extensión del procedimiento contemplado originalmente, autorizo y solicito que dicho procedimiento(s) sea(n) realizado(s).
- c) Yo autorizo la administración de aquella anestesia que podría ser considerada necesaria o conveniente en el criterio de los médicos tratantes.
- d) Excepciones para cirugía y/o anestesia, si hay alguna(s) _____ (si no existe ninguna, escribir ninguna).
- e) Yo autorizo la admisión de observadores, de acuerdo con las prácticas ordinarias del Programa de Reproducción Asistida de Promotora de Centros Médicos, el uso de Televisión de circuito cerrado, la toma de Fotografías (incluyendo cuadros en movimiento), y la preparación de dibujos y material gráfico ilustrativo similar, y también autorizo el uso de aquellas fotografías u otros materiales para propósitos científicos, siempre y cuando mi identidad no sea revelada por los cuadros o por el texto descriptivo que acompañan a ellos.
- f) El suscrito(a) reconoce que recibió una copia del consentimiento y autorización operación, anestesia u otros procedimientos.

Nombre y firma del testigo

Nombre y firma del paciente

Nombre y firma del Médico responsable autorizado.

Fecha en _____ el día ____ del mes de _____ de 200_

Para que la fertilización asistida pueda practicarse se requiere del consentimiento informado de la mujer y de su pareja manifestado por medio de una carta, según lo establece los artículos 43, 20, 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la salud:

Artículo 43.- Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión feto o recién nacido.

Artículo 20.- Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

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

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de proporcionar la información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a la que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud,

en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación; y

- XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

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

- I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
- II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;
- III. Indicará los nombre y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;
- IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe;
y
- V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal;

La mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo con la introducción de espermatozoides, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación del hijo procreado.

El esposo o concubinario de la mujer que se someta a la inseminación artificial, acepta tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca.

Los profesionales que practican la inseminación también son actores que manifiestan su voluntad de ejecutar técnicas inseminatorias.

Tomando en cuenta la forma de consentimiento para el programa de reproducción asistida que maneja la clínica y lo estipulado en el Reglamento de Investigación para la Salud, desde mi punto de vista, se estima que para realizar la fertilización asistida deberán reunirse además de dichos requisitos, que haya solicitud por escrito de una pareja heterosexual que requiera el tratamiento y este unida en vínculo matrimonial, o que se mantenga estable y que haya convivido por lo menos dos años anteriores a dicha solicitud como si fueran cónyuges, siempre que ambos hayan permanecido y permanezcan libres de matrimonio, es decir, se cumplan con las reglas del concubinato; que se haya comprobado que existe esterilidad en alguno de los miembros de la pareja solicitante, y que se hayan descartado otras técnicas terapéuticas por inadecuadas o ineficaces, así mismo podrán utilizarse estas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario y que dicha carta sea ratificada ante notario público, al igual que la forma de consentimiento para el programa de reproducción asistida.

El consentimiento debe otorgarse por escrito, de manera expresa, la firma de esta autorización se debe realizar en consulta, por ambos miembros de la pareja, y a fin de evitar posibles problemas legales de falsificación de firma se deberá implantar

la huella digital de ambos miembros de la pareja, así como el nombre, domicilio y firma de dos testigos, también debe firmar el doctor encargado de llevar este tratamiento.

Analizando la Forma de Consentimiento Informado para el Programa de Reproducción Asistida (APÉNDICE) proporcionada por la Clínica Lomas Altas, podemos percatarnos de que no cubre todos los requisitos anteriormente expuestos.

Cabe hacer la aclaración que lo que se puede llegar a destruir son los óvulos y los espermatozoides mas no así los embriones, pues una vez fecundadas las células germinales se tienen que implantar todas en la mujer, es por esto que es común que se lleguen a dar embarazos múltiples, ya que de otra manera estaríamos atentando contra la vida ya de un ser humano, que aunque en potencia no perdería por ese hecho su condición.

La tasa de multigestación es una consecuencia directa del número de embriones transferidos y de la edad de la mujer. La tasa global de multigestación es de 29%. Esto significa que de 100 embarazos, 29 se inician con dos o más sacos gestacionales. Un 10% de estos reducirá espontáneamente un saco, evento que ocurre habitualmente antes de la semana 12 de gestación. Dependiendo del acceso a centros hospitalarios adecuados y de las condiciones físicas de la mujer, el devenir del embarazo gemelar para la madre y para los bebés, no debiera reportar grandes diferencias respecto a gestaciones únicas. Sin embargo, la gestación triple y cuádruple se asocian a mayor tasa de abortos, muertes fetales en útero, partos

prematuras y mayor morbilidad neonatal. La prematuridad y las complicaciones neonatales, determinan en muchos casos, severas secuelas para los nacidos de gestaciones triples o más. La única manera de disminuir la tasa de multigestación es disminuyendo el número de embriones a fecundar, pero este tema debe ser discutido extensamente entre el equipo de profesionales y la pareja.⁸³

Así mismo considero que se debe establecer en el mismo formato el tiempo máximo que puede durar el tratamiento, que son cinco años, y los posibles supuestos en los que se debe suspender o cancelar el tratamiento, supuesto en el que entraría por ejemplo la muerte del padre, en caso que la voluntad de los cónyuges fuera esa.

Para que se pueda llevar a cabo la fecundación artificial la pareja debe tener capacidad de ejercicio, ya que las normas sobre incapacidad tienen un fundamento biológico que es la falta o la merma de discernimiento del incapaz para poder apreciar cabalmente la conducta más acorde con sus intereses, esta carencia puede provenir de falta de madurez intelectual como en el caso del menor de edad.

El Artículo 326 de la Ley General de Salud establece.

Artículo 326.- El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

⁸³ Folleto Valoración de la Pareja Estéril. Ibidem Pág. 10, Julio del 2002.

I.- El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido.

II.- El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgos para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

No debe de extrañar que a partir de los primeros éxitos obtenidos por inseminación artificial, los avances alcanzados y las perspectivas a futuro son asombrosos, tal es el caso de inseminación artificial post mortem. En donde podemos concluir que al hijo concebido por este método después de la muerte de su padre y nacido conforme a lo establecido en nuestra legislación se le deben reconocer todos los derechos que conlleva la filiación como lo son los derechos sucesorios, entre otros, por lo que considero necesario adecuar nuestra legislación, en primer término aboliendo la barrera establecida en el artículo 1314 para el caso que nos ocupa y de esta manera pueda ser protegido el hijo concebido post mortem.

4.2 MARCO JURÍDICO

El artículo cuarto de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo siguiente:

Artículo 4.- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución...

Ante el derecho que tienen los cónyuges o concubinos de decidir de manera responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, se encuentran con frecuencia muchas parejas imposibilitadas de tener hijos, por lo que ante este problema se ofrece como alternativa los diversos métodos de fecundación artificial.

Como podemos apreciar la facultad otorgada por la Constitución de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos no se limita a determinadas personas en función de su sexo, edad, estado civil o cualquiera otra situación, y podemos afirmar que tampoco limita el método para la fecundación, sin embargo, aunque de la norma constitucional no se deduce ningún impedimento para que la persona titular del derecho acuda a los modernos métodos científicos para lograr la procreación de un hijo, considero que como todo derecho su ejercicio se extenderá hasta donde no se vulneren los derechos de los demás ni el interés colectivo, por lo que se deben establecer los límites y situaciones hasta donde será permisible su utilización.

Por su parte el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 162, retoma la garantía consagrada en el precepto constitucional antes mencionado pero además reconoce el derecho de utilización de los métodos de reproducción asistida, siempre y cuando ambos cónyuges estén de acuerdo.

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

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

Por lo que hace a los concubinos , se estará a lo estipulado en los artículos 291 Ter y 138 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, que señalan:

Artículo 291 Ter.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Artículo 138 Quintus.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en su Capítulo Cuarto, Título segundo: De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óbitos y fetos y de la fertilización asistida, trata a ésta última específicamente en sólo cuatro artículos, definiéndola en el artículo 40 fracción XI como aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in Vitro.

Como podemos observar esta definición es escueta ya que no explica en que consiste la técnica, ni que fin persigue ni quienes son los sujetos que posiblemente intervengan en ella ni hace una definición de los diferentes tipos de inseminación.

Así mismo, en el artículo 43 del mismo cuerpo legal, relacionado con los artículos 20, 21 y 22, señala que para que la fertilización asistida pueda practicarse

se requiere del consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario.

El incumplimiento a estas disposiciones implicaría la aplicación del artículo 466 de la ley General de Salud: "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuera menor o incapaz, realice en ella una inseminación artificial, se le aplica prisión de uno a tres años si no se produce el embarazo; si resulta embarazada, se impondrá prisión de dos a ocho años."

Por su parte el artículo 55 del éste reglamento establece:

Artículo 55 .- La investigación con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el Título Décimo Cuarto la Ley y en este Reglamento.

En el Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud denominado: "Donación, trasplantes y pérdida de la vida", se encuentra el artículo 314, el cual en su fracción 1 establece:

Artículo 314.-Para efectos de este título se entiende por:

I.- Células germinales a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión.

Por lo que los óvulos y espermatozoides caen en esta definición, así que con base en este artículo y a lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, habrá que aplicarse por analogía lo concerniente a "Donación, trasplantes y pérdida de la vida".

Y entre algunos artículos de interés encontramos los siguientes:

Ley General de Salud, Título Décimo Cuarto:

Artículo 314.-Para efectos de este título se entiende por:

XIV.- Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.

Artículo 321 .- La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Por otra parte encontramos reglamentación expresa, en materia de filiación aplicable al presente trabajo de tesis ya en el Código Civil para el Distrito Federal, a partir de la reforma de veinticinco de mayo de dos mil.

Por último el artículo 56 del Reglamento de Investigación para la Salud señala:

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 éste difiere con el del investigador.

La moral como conjunto de principios rectores de la conducta, que adecuen esta 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, por lo que se aprecia la incipiente legislación sobre fertilización asistida, por otro lado, los métodos de fecundación artificial si bien se utilizan para solucionar problemas de esterilidad también se da la posibilidad, anteriormente señalada que, por ejemplo, el esposo o concubino guarde su semen para posibles usos en un futuro en caso de que vaya a ser sometido a algún tipo de cirugía.

Es así como concluimos la reglamentación referida a la inseminación artificial en México. Sería deseable que existiera una regulación más precisa y en un solo reglamento y no en disposiciones dispersas, y que contengan reglas específicas a la fecundación artificial.

En el tema que nos ocupa, que es la inseminación artificial post mortem y su repercusión legal no existe tampoco un tratamiento específico en ninguna ley, así mismo, con base en el estudio realizado, y con el afán de aportar propuestas llegué a la siguiente consideración:

Únicamente se deberá reconocer efecto o relación jurídica entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas de fecundación artificial y el marido o concubinario fallecido, cuando el material reproductor de éstos se hallen en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón, o cuando conste de manera fehaciente e indubitable la voluntad del marido o concubinario de perseguir la perpetuación post mortem de su especie.

El acto por el que el marido o concubinario haya destinado su material reproductor para la inseminación artificial incluyendo la fecundación post mortem deberá cubrir los requisitos señalados referentes al consentimiento informado y a la forma de consentimiento para el programa de reproducción asistida. No obstante lo anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado para fecundar a su mujer, aun después de su muerte.

De esta manera se producirán los efectos legales que se derivan del estado de hijo de los cónyuges previstas entre ellas alimentos y derechos sucesorios. Por lo que estimo necesario la modificación de artículos del Código Civil para el Distrito Federal como lo habíamos apuntado con anterioridad, tal es el caso del artículo 1314 que priva al hijo fecundado y nacido por esta técnica después de la muerte de su padre.

Así mismo considero establecer un tiempo prudente para que se realice la inseminación después del fallecimiento del marido, por lo que sólo se podrá disponer del material reproductor del cónyuge varón durante un plazo de seis meses

posteriores a su muerte. Transcurrido el plazo si no se logra la fecundación de los gametos de la pareja, el semen del marido será destruido por la clínica encargada del procedimiento de fecundación artificial.

Este plazo de seis meses lo escogí prudencialmente en virtud de que los derechos de los demás herederos no se queden tanto tiempo a la expectativa y el juicio sucesorio no sea aun más largo de lo que suele ser.

Por lo que para determinar si se trata del hijo del cónyuge fallecido y fecundado por algún método de inseminación artificial se contarán los seis meses del plazo otorgados para que se lleve a cabo alguna de las técnicas de fecundación artificial más los trescientos días que señala el artículo 314 del Código Civil tomando en cuenta el tiempo máximo de la preñez.

Se podrá estar de acuerdo o no con los criterios anteriormente expuestos pero lo que es claro es que, ante realidades nuevas como es el caso, no existe legislación específica y que se trata de asuntos de enorme responsabilidad que no deben dejarse sin un fundamento jurídico, cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio de interés general, dotando de esta manera al legislador de elementos suficientes para no sólo hacer críticas a nuestro actual cuerpo de leyes sino para adoptar proposiciones normativas en beneficio social y su aceptación o rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información sustentada en el beneficio del ser humano y el progreso social.

4.3 INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Para una mejor comprensión y actualización del tema, se realizó una entrevista con el Doctor Alberto Valero Origel, especialista en Reproducción Humana, Esterilidad y Endoscopia, en su consultorio de Especialistas en Reproducción Humana y Asociados S.C. ubicado en el Hospital Ángeles del Pedregal consultorio 301 camino a santa teresa 1055, México, D.F. y en la Clínica Lomas Altas, S.A. de C.V., ubicada en Circuito Empresaria 8 lote 4 Colonia Centro Urbano, San Fernando, La Herradura, los días treinta de mayo y veinte de junio, ambos de dos mil tres.

¿Existe alguna forma que se realice entre el paciente y la clínica, manifieste la voluntad de participar en los métodos de inseminación artificial?

R.- Si, tenemos una forma de consentimiento para el para el programa de reproducción asistida.(se encuentra anexa en esta tesis. Pág.142).

¿Esta forma es la misma que se utiliza en todas las clínicas de reproducción artificial?

R.- No, cada clínica tiene su propia forma.

¿Existe una solicitud por escrito de la pareja en donde se manifieste el deseo de participar en el programa de reproducción artificial?

R.- No, los pacientes nos visitan y tienen una entrevista con un especialista en donde se les da la información necesaria para que ellos decidan si participan o no en el programa.

¿Cómo se inicia el programa?

R.- Valoración de la pareja estéril.

Pruebas especiales en la pareja estéril.

Tratamiento.

Inseminación artificial

¿Se da tratamiento a mujeres solteras?

R.- No, solo a parejas.

¿Cuanto tiempo pueden durar congelados los espermatozoides?

R.- Indefinidamente.

¿Cuánto tiempo pueden durar congelados los óvulos?

R.- Nosotros no congelamos óvulos, ya que a diferencia de los espermatozoides los óvulos no resisten la congelación o pierden calidad.

¿Cual es el destino de los espermatozoides que no ocupan?

R.- Se pregunta a la pareja si quiere donarlos o destruirlos.

¿La decisión que tome la pareja sobre el destino de los espermatozoides es por escrito?

R.- Cualquiera que sea la decisión de la pareja debe ser respaldada por mediante la firma de consentimiento después de que se haya logrado el bebé o después de cinco años de tratamiento.

¿Se pueden congelar embriones?

R.- Sí se puede pero nosotros no llevamos a cabo esa práctica por que consideramos que ya es una vida lo que se congela, es por eso que todos los óvulos fecundados se implantan a la mujer.

¿Cuánto tiempo transcurre entre la fecundación y la implantación en el caso de la fecundación in Vitro?

R.- De tres a cuatro días.

¿En México se lleva a cabo la fecundación heteróloga?

R.- Sí, la inseminación artificial con semen de un tercero existe en México, y la pareja tiene la posibilidad de decidir las características del donador.

¿Para llevar a cabo la inseminación artificial es un requisito que esté vivo el donador cuando se trata de inseminación homóloga?

R.- No, ya que previamente se obtuvo el semen del esposo y el consentimiento de los cónyuges.

¿Qué costo tiene el someterse a una técnica de Reproducción Asistida?

R.- De cuarenta y cinco a cincuenta mil pesos contando los medicamentos. (Ver siguiente página,).

¿Existe alguna prueba para comprobar quién es el padre?

R.- Sí, la prueba de histocompatibilidad, en donde se ve que tengan tanto el padre como el hijo la misma información genética, esta es la prueba de ADN.

Por otro lado en la actualidad, en México como en el resto del mundo existe un gran interés en estos temas, por lo que los diferentes medios de comunicación realizan investigaciones sobre los mismos y todo lo relacionado con ellos, ejemplo de esto son los artículos que se presentan a continuación.

Lomas
Altas

Por medio de la presente hacemos constar que hemos sido informados por el grupo médico de Clínica Lomas Altas, sobre las diversas Técnicas de Reproducción Asistida.

Por la información que hemos recibido se me ha hecho del conocimiento de los posibles riesgos y ventajas que conlleva ser incluidos en los programas de Fertilización In-Vitro, y por lo cual otorgo mi consentimiento para ser sometida a los procedimientos que se involucran en el programa.

Queda especificado que conservo el derecho de no participar en el programa o excluirme en cualquiera de sus etapas, sin que eso cause detrimento en la atención médica dentro de la unidad.

Los siguientes son los costos por los servicios otorgados a través de la Unidad de Reproducción Asistida

FERTILIZACIÓN IN VITRO / ICSI

\$34'739.70+\$5'210.90 (15%) \$39'950.00

Lo cual será cubierto en dos etapas:

- | | |
|--|-------------|
| 1. Etapa — (Al inicio del ciclo de estimulación) | |
| \$8'500.00±\$1'275.00(15%) | \$9'775.00 |
| 2. Etapa — (Día de la aplicación de la HCG) | |
| \$26'239.10+\$3'935.90 (15%) | \$30'175.00 |

Se extiende la presente en México, D.F., a los ____ de _____ del 200__.

Nombre y Firma de la Paciente

Nombre y Firma del Testigo

Nombre y Firma del Esposo

* El precio final para todos los procedimientos, incluye el número total de consultas médicas desde el momento en que la paciente recibe indicaciones, seguimientos foliculares, valoración hormonal por Biomedica de Referencia (incluyendo los estudios a realizar hasta la determinación de la hCG), uso de sala de captura y transferencia así como el laboratorio de embriología y micro manipulación. 139 Del mismo modo se incluye uso de anestesia y personal de enfermería.

PROPUESTAS.

Esta sociedad que reclama un derecho legítimo como consecuencia de aperturas de fronteras, medios de comunicación y la globalización, no es ajena al deseo de hacer realidad y poder lograr concebir por medio de los adelantos científicos en materia de gestación, superando ideas conservadoras de una sociedad en vías de desarrollo.

Es por ello que el legislador debe entrar en un estudio jurídico nacional y profundizar en materia de Derecho civil, para el efecto de garantizar a nivel federal la protección jurídica de filiación y contemplar en la ley en cuestiones sucesorias a los hijos concebidos post-mortem.

Como resultado del análisis realizado en este trabajo de investigación a la primera fracción del artículo 1313, que es precisamente el artículo 1314, ambos del código civil para el Distrito Federal. La reforma propuesta al artículo en comento quedaría de la siguiente manera:

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, ***salvo convenio pactado entre cónyuges por inseminación asistida en un termino de seis meses***, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el Artículo 337

CONCLUSIONES

PRIMERO: En atención a la investigación y análisis realizado en el presente trabajo de tesis ha quedado demostrado que la inseminación artificial y la fecundación in Vitro son actualmente practicadas en México, así como en otros países, con mayor frecuencia y éxito cada día, con el propósito de resolver problemas de esterilidad en el cónyuge, la esposa o ambos, o bien, puede ser utilizada también en los casos en los que, previa la obtención del semen del cónyuge, éste vaya a ser sometido a algún tipo de cirugía, quimioterapia de la cual pueda derivarse la esterilidad.

SEGUNDO: Se debe adecuar la legislación mexicana, a las necesidades y situaciones en materia de inseminación artificial ya que las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal son incompletas pues, el legislador no tomó en cuenta que el desarrollo de las tecnologías reproductivas y de las prácticas de procreación médica asistida han suscitado consecuencias jurídicas que repercuten no sólo en materia de filiación sino también en materia sucesoria, o mejor dicho, que las reformas practicadas en materia de filiación repercuten directamente y traen aparejadas consecuencias en el ámbito sucesorio.

TERCERO: Lo anterior resultó evidente cuando propuse la posibilidad biológica que se analizó el presente trabajo de tesis, en donde el hijo concebido por inseminación artificial homóloga practicada después del fallecimiento del marido y con el consentimiento previo de la pareja, y nacido conforme a lo establecido en el

artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal, actualmente carece de cualquier derecho sucesorio, pues el artículo 1314 del Código Civil establece que no tienen personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

CUARTO: Por otra parte, con las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal, en mayo de dos mil, el legislador reconoce la filiación entre el hijo producto de la inseminación artificial y los que la consientan y por ende reconocer todas las consecuencias que trae aparejada la filiación, como son derechos sucesorios, al nombre y alimentos.

QUINTO: No obstante lo anterior le da una protección especial al establecer en el artículo 329 del código en comento, que las acciones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio no prosperarán si el cónyuge consintió expresamente el uso de éstos métodos y es evidente que si nace trescientos días después de la disolución del matrimonio, científica y biológicamente sólo sería posible mediante la concepción después de que sobrevino la muerte del cónyuge, pues el tiempo máximo de gestación de las personas es de trescientos días y en este caso sólo se puede dar mediante la fecundación artificial pos mortem, por lo que presumirá hijo del de cujus y de la esposa o concubina que este tuvo en vida al concebido por éstos métodos y nacido después de trescientos días de disolución del matrimonio. en nuestro caso, por la muerte del padre, por lo que éste hijo tendría todos los derechos que se derivan de la filiación, incluyendo los derechos sucesorios, siempre y cuando una vez

desprendidos enteramente del seno materno vivan veinticuatro horas o sean presentados vivos ante el Juez del Registro Civil.

SEXTO: Lo anterior, nos llevó a pensar en la posibilidad y necesidad de adecuar las reglas de la sucesión, en este sentido, permitiendo que cuando el marido consienta en documento indubitable, que su material reproductor sea utilizado en los seis meses siguientes para fecundar a su mujer, tal generación produzca los efectos legales que se derivan de la filiación.

SÉPTIMO: De esta manera la pareja que otorga su consentimiento para participar en una técnica de reproducción artificial no sólo consiente en ello, sino que al mismo tiempo reconoce al hijo producto de la técnica como suyo estableciendo así un vínculo filial al que no podrán renunciar.

OCTAVO: Ahora bien, los documentos utilizados por las clínicas de reproducción artificial, en donde se manifiesta el consentimiento de la pareja para llevar a cabo estos medios de fecundación, no llenan los requisitos establecidos en la ley, así mismo considero que aunados a éstos, deberían señalar si la pareja desea en caso de la muerte del cónyuge, que la esposa siga con estos procedimientos por un periodo de seis meses, tiempo considerado prudencialmente y propuesto en el presente trabajo de tesis, para que a la viuda se le de la posibilidad de seguir intentando concebir.

NOVENO: Dentro de esta reflexión no podemos dejar de tomar en cuenta que el derecho a la procreación no es un derecho de ejercicio estrictamente individual, sino que es compartido con otra persona del sexo contrario; por lo tanto el derecho a la procreación es un derecho de ejercicio mancomunado y heterosexual, por lo que resulta necesario la aprobación de la cónyuge o concubina de seguir con los métodos de inseminación artificial después de la muerte de su esposo.

DECIMO: Por otra parte, la necesidad de que el causante haya prestado su consentimiento elimina la posibilidad de un intento de manipulación de la sucesión por parte de la cónyuge o concubina supérstite.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado D., Alberto y Kably, Alberto. Perspectivas terapéuticas en esterilidad en Temas Selectos en Reproducción Humana. Editor Dr. Samuel Karchmerk, Instituto Nacional de Perinatología, México, 1989.
- Arce y Cervantes, José. De las sucesiones. Primera Edición Edit. Porrúa, México, 1988.
- Baqueiro Rojas, Edgar y Buen Rostro Báez Rosalía. Derecho de familia y sucesiones. Primera Edición. Edit. Haría Méx.1990.
- Barbero Dominico. Sistema de Derecho Privado. Tomo 1. Traducción a español de Santiago Sentis Melendo. Vol. II. Primera Edición. Ediciones jurídicas Europa- América. Buenos Aires, Argentina 1980.
- Barri, Pedro. Aspectos Médicos de las Nueva Tecnología de Reproducción humana en Fecundación Artificial. Ciencia y Ética. Madrid, España 1985.
- Castan Tobeñas, José. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo 1. Vol. II. Onceava Edición. Edit. Reus S.A. Madrid, España. 1975.
- Cervantes, Manuel. Historia y Naturaleza Jurídica de la Personalidad Sucesoria. Primera Edición. Edit. Cultura, México, 1962.
- Chávez Asencio, Manuel, F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-filiales. Cuarta Edición. Edit. Porrúa, México 2001.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil. Edit Porrúa, segunda edición, México, 1990.
- Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte general. Octava edición. Edit. Porrúa, México, 1987. Actualizada 2002.
- Ibarrola, Antonio de. Cosas y Sucesiones. Quinta Edición. Edit. Porrúa. México, 1986.
- Jiménez Vargas, Juan y López García Guillermo. Aborto y Contraceptivos. Edición Editorial EUNSA, Pamplona, España, 1983.
- Lennart, Nilson. Nace la Gran Aventura. A Child is Born. Traducción Thema S.A. Barcelona, España, 1990.

- Master, William, Jhonson Virginia y Kolodny, Roberto. La Sexualidad Humana, Traducción de Rafael Andréu y Diana Falcón. Décimo Tercera Edición Editorial Grijalbo, Barcelona, España 1987.
- Pacheco E. Alberto. La Persona en el Derecho Civil Mexicano. Segunda Edición. Panorama Editorial México, 1991.
- Pérez Peña, Efrain. Infertilidad, Esterilidad, Endocrinología en la Reproducción. Primera Edición. Salvat Mexicana Ediciones S A de C.V. México, 1981.
- Planiol, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental del Derecho Civil. Tomo 1. Traducción de José M. Cajica Jr. Cárdenas Editor y Distribuidor México. 1981
- Pina Vara, Rafael De. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo II. Elementos de Derecho Romano. Décima edición. Porrúa. México 1986.
- Pina Vara, Rafael De. Elementos de Derecho Civil. México. Tomo II Bienes Sucesiones. Edit. Porrúa, Décimo quinta edición. México 1984.
- Rambbaur, Raymonnd. El Drama Humano de la Inseminación Artificial. Primera Edición. Impresiones Modernas S.A. México, 1983.
- Recasens Siches, Luis. Tratado General de la Filosofía del Derecho. Primera Edición. Edit. Porrúa. México, 1959.
- Rodríguez Luño, A. y López Modijar R. La Fecundación In Vitro. Primera Edición. Ediciones Rialp. Madrid, España, 1986.
- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Cuarta Edición. Edit. Porrúa, México 1987.
- Rojina Villegas, Rafael. Tratado del Derecho Civil Mexicano. Tomo 1, Cuarta edición, México, 1969. Edit. Porrúa. Prime cárdenas Editor y Distribuidor. México 1969.
- Tomás de Aquino, Santo. Suma Teológica. Nueva Versión sobre el Texto Latino con notas, explicaciones y comentarios por Leonardo Castellani. Tomo IV. El Hombre. Primera Edición. Club de Lectores. Buenos Aires, Argentina, 1994.

- Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo 1. Traducción al español a la décimo quinta edición por Luis Martínez Calcerrada. Madrid 1967.
- Venegas Flores, Renato Martín. Tesis Doctoral Evolución de Pacientes Endometrióticas en el Programa Fertilización In Vitro. Facultad Mexicana de Medicina. 1995.
- Ventura Silva, Sabino, Derecho Romano. Octava edición. Edit. Porrúa. México, 1985.
- Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Séptima edición. Edit. Porrúa. México. 1987.
- Zannoni, Eduardo A., Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina. Primera Edición. Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978.

REVISTAS Y PERIODICOS

- Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial con especial referencia a las cuestiones penales, Revista de Derecho Judicial 51/52 Julio- Diciembre, Madrid 1999.
- Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B. Leal, Dávila, Luis
- Orlando, Medellín, Colombia. Primera Parte, Pág. 67 Vol. 40 año XXXI, No. 285, agosto. Colombia.
- Periódico La Ley. Jurisprudencia Bibliografía. Información Forense. Primera Plana. Buenos Aires, Argentina jueves 20 de abril de 1950.
- Montero Duhalt, Sara. La incapacidad. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XVI. Números 63-64. México. Julio-Diciembre, 1966. Pág. 828.
- Reynaldo, Milagros. Alternativas para lograr un hijo, Revista Día Siete, Numero 60. México. Julio del 2003.
- Madariaga Alirio, Sanguino. La Inseminación Artificial. Aspectos Jurídicos. Revista de Estudios de Derecho 40. México. Septiembre. 1981.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Décimo Quinta Edición. Editorial. Porrúa. México, 2001.
- Diccionario Enciclopédico Espasa- Calpe. Madrid, España 1987. Tomo XXIV. Octava Edición.
- Mc. Graw Hill de Biología. Tomo II Primera Edición, Editorial McGraw Hill. México, 1991.
- Palomar De Miguel, Juan Diccionario para juristas. Primera Edición Edit. Mayo Editores, S de R.L. México. 1981.

LEYES Y REGLAMENTOS

- Constitución Política Mexicana
- Ley General de Salud
- Ley sobre técnicas de reproducción asistida. (España)
- Reglamento de la ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

FOLLETOS

- Valoración de la Pareja Estéril. Especialistas en Reproducción Humana y Asociados S.C. Hospital Ángeles del Pedregal.
- Transferencia de Gametos. Especialistas en Reproducción Humana y Asociados S.C. Hospital Ángeles del Pedregal.

- Inducción de la Ovulación. Especialistas en Reproducción Humana y Asociados S.C. Hospital Andeles del Pedregal.
- Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro. Especialistas en Reproducción Humana y Asociados S.C. Hospital Ángeles del Pedregal.

ENTREVISTA

Doctor Alberto Valero Origel. Especialista en Reproducción Humana, Esterilidad y Endoscopia en su consultorio de Especialistas en Reproducción Humana y Asociados S.C., ubicado en el Hospital Ángeles del Pedregal consultorio 301 camino a Santa Teresa 1055, México, D.F. y en la Clínica Lomas Altas S.A. de C.V. ubicada en Circuito Empresarial 8 lote 4 Col. Centro Urbano, San Fernando, La Herradura, los días treinta de Julio y veinte de Julio, ambos de dos mil tres.