

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**NECESIDAD DE REGULAR LA FECUNDACIÓN POST-
MORTEM EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL**

**TESIS QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

PRESENTA:

MONSERRAT DEL CARMEN MARTÍNEZ ORTEGA.

Asesora: Lic. María del Carmen Montoya Pérez.

México Ciudad Universitaria

2006.



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.

A mis padres y hermano:

Por su paciencia, cariño, comprensión y apoyo incondicional a lo largo de toda mi vida, gracias, porque sin ustedes no hubiese sido posible ni tuviese razón de ser la elaboración del presente trabajo.

A mi alma mater:

La Universidad Nacional Autónoma de México.

A la Lic. María del Carmen Montoya Pérez:

Por su paciencia, dedicación y sabios consejos en la dirección de
la presente investigación.

ÍNDICE.

	Páginas.
AGRADECIMIENTOS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2

CAPÍTULO I DE LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM

1.1 Fecundación post-mortem. Concepto.....	6
1.2 Requisitos.....	11
1.3 Formas de llevar a cabo una fecundación post-mortem mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida y la criopreservación.....	17
1.3.1 Inseminación artificial (I.A).....	18
1.3.2 Fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE).....	22
1.3.3 Transferencia intratubaria de gametos (GIFT).....	25
1.3.4 La criopreservación.....	26
1.4 Fecundación post-mortem y maternidad subrogada.....	30
1.5 Aspectos éticos de la fecundación post-mortem.....	32
1.6 Aspectos psicológicos de la fecundación post-mortem.....	39
1.7 Permisividad y rechazo de la fecundación post-mortem.....	43
1.7.1 Opiniones contrarias.....	43
1.7.2 Opiniones favorables.....	47
1.8 Regulación de la fecundación post-mortem en el derecho comparado.....	50
1.8.1 Ley Sueca sobre la Inseminación Artificial del 20 de diciembre de 1984.....	51
1.8.2 Ley Inglesa de 1 de noviembre de 1990.....	51
1.8.3 Ley Alemana de Protección al Embrión del 13 de diciembre	

de 1990.....	52
1.8.4 Ley Francesa 94.654.....	53
1.8.5 Ley Noruega de 5 de agosto de 1994.....	55
1.8.6 Ley Italiana de Fecundación Asistida.....	55
1.8.7 España. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.....	55
1.8.8 Argentina. Ley de Fertilidad Asistida.....	62
1.9 La fecundación post-mortem y los derechos del niño.....	62
1.9.1 Declaración de los Derechos del Niño.....	63
1.9.2 Convención sobre los Derechos del Niño.....	66
1.10 Marco Jurídico de las técnicas de reproducción asistida en México.....	67
1.10.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	67
1.10.2 Ley General de Salud.....	69
1.10.3 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.....	71
1.10.4 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.....	77
1.10.5 Código Civil Federal.....	81
1.10.6 Código Civil para el Distrito Federal.....	82

CAPÍTULO II DE LA FILIACIÓN.

2.1 Clases de filiación.....	84
2.1.1 Filiación matrimonial.....	87
2.1.2 Filiación extramatrimonial.....	90
2.1.3 Filiación civil o adoptiva.....	90

2.2 Pruebas de filiación.....	90
2.2.1 Acta de nacimiento.....	92
2.2.2 Posesión de Estado de hijo.....	93
2.2.3 El reconocimiento.....	95
2.2.3.1 Personas que pueden reconocer.....	98
2.2.3.2 Personas que pueden ser reconocidas.....	100
2.2.3.3 Efectos del reconocimiento.....	101
2.2.3.4 Extinción del reconocimiento.....	102
2.2.4 Sentencia ejecutoria que así lo declare.....	105
2.2.5 Otros medios de prueba.....	105
2.3 Maternidad. Concepto.....	106
2.3.1 Casos en los que se permite la investigación de la maternidad.....	106
2.3.2 Acción de impugnación de la maternidad.....	109
2.4 Paternidad. Concepto.....	111
2.4.1 Presunción de la paternidad.....	111
2.4.1.1 Bases para la presunción.....	113
2.4.1.2 Requisitos para que opere la presunción.....	113
2.4.1.3 Destrucción de la presunción.....	114
2.4.2 Investigación de la paternidad.....	117
2.4.3 Acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad.....	119
2.4.3.1 Personas que pueden ejercitarla.....	124
2.4.4 Acción de reclamación de estado de hijo.....	125

CAPÍTULO III

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN.

3.1 Derecho al nombre.....	129
3.2 Alimentos. Concepto.....	130

3.2.1 Contenido del deber de alimentos.....	131
3.2.2 Cuantía de la obligación.....	133
3.2.3 Fuentes de la obligación.....	133
3.2.4 Características de la obligación alimentaria.....	135
3.2.5 Derecho a percibir alimentos.....	138
3.2.6 Sujetos de la obligación alimentaria.....	140
3.2.7 Cesación del deber de prestar alimentos legales.....	142
3.3 Ejercicio de la patria potestad.....	144
3.3.1 Características de la patria potestad.....	144
3.3.2 Personas que ejercen la patria potestad.....	145
3.3.3 Personas sujetas a la patria potestad.....	146
3.3.4 Efectos de la patria potestad.....	146
3.3.4.1 Efectos con relación a las personas.....	146
3.3.4.2 Efectos con relación a los bienes.....	149
3.3.4.3 Modo de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad.....	153
3.4 Derecho a heredar en la sucesión legítima.....	154
3.4.1 De la incapacidad para heredar en la sucesión legítima por falta de personalidad.....	159
3.5 Parentesco.....	162

CAPÍTULO IV.

DE LA NECESIDAD DE REGULAR LA FECUNDACIÓN POST-MORTEM EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1 Necesidad de regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.....	166
4.2 Desventajas de la no regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.....	179
4.3 Ventajas de regular la fecundación post-mortem en	

el Código Civil para el Distrito Federal.....	184
4.4 Propuesta de reforma, incorporación del artículo 353	
Quintus en el Código Civil para el Distrito Federal.....	186
4.5 Propuesta de reforma al artículo 80 del Código Civil para	
el Distrito Federal.....	192
4.6 Propuesta de reforma, incorporación del artículo 368	
Bis en el Código Civil para el Distrito Federal.....	195
4.7 Propuesta de reforma al artículo 1314 del Código Civil para	
el Distrito Federal.....	197
4.8 Efectos jurídicos de la fecundación post-mortem.....	199
4.8.1 Con respecto a la filiación.....	199
4.8.2 Con respecto al parentesco.....	201
4.8.3 En materia sucesoria.....	201
CONCLUSIONES.....	203
BIBLIOGRAFÍA.....	212
HEMEROGRAFÍA.....	214
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.....	214
LEGISLACIÓN.....	215
INTERNET CONSULTADO.....	216

INTRODUCCIÓN.

Sin duda alguna, los avances científicos realizados por el hombre asombran a la humanidad entera, pues es increíble como el ser humano ha logrado crear la posibilidad de llevar a cabo lo inimaginable en diversos campos de la ciencia. Sin embargo, es precisamente el avance tan acelerado del conocimiento científico el que hace necesario que el derecho, se adapte, transforme y adecue para resolver las diversas problemáticas jurídicas que junto con muchos beneficios nos traen aparejados los avances científicos, tal es el caso de la fecundación post-mortem.

Es por ello, que el presente trabajo, tiene como principal objetivo el proponer la regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal, para que a consecuencia de ello, se le garantice una adecuada protección jurídica al menor concebido y después nacido post-mortem de su padre.

Lo anterior, en virtud de que por las razones que en esta investigación se expondrán consideramos que actualmente de darse en el Distrito Federal un nacimiento post-mortem, el Código Civil en cita al no prever el alumbramiento en cuestión no le brindaría al hijo “superpóstumo” la debida protección jurídica que derivada de su filiación paterna le correspondería desde su concepción y con posterioridad a su nacimiento, (hasta en tanto no se acredite la filiación paterna del citado menor), privándole en consecuencia de los derechos inherentes a la misma.

En este orden de ideas, y para comprender mejor la figura en estudio en el capítulo I del presente trabajo denominado: “De la fecundación post-mortem” comenzaremos por definir la figura en cuestión, señalaremos cuales son los requisitos para que pueda configurarse y hablaremos de cómo actualmente

gracias al empleo de técnicas de reproducción asistida y de la criopreservación en este momento científicamente en el Distrito Federal puede llevarse a cabo la concepción de un hijo después de la muerte de su padre. Además, comentaremos las diversas variantes que se pueden presentar de la figura en estudio, igualmente analizaremos si la fecundación en cuestión es o no considerada ética, así como también estudiaremos los efectos psicológicos que la misma pudiese originar.

Por otra parte, en el capítulo líneas antes enunciado, también expondremos cuales son las opiniones de la doctrina en torno al objeto de estudio del presente trabajo, y por así parecernos pertinente, también estudiaremos la regulación que en el derecho comparado se realiza de la fecundación post-mortem, con el objeto de mostrar al lector cual es la tendencia de las diversas legislaciones extranjeras para permitir, prohibir o ignorar la figura en comento. Así mismo, y por ser un tema que se encuentra profundamente relacionado con los niños, brevemente haremos referencia a la Declaración de los derechos del niño y a la Convención sobre los Derechos del Niño, para saber que repercusiones positivas o negativas se tendrían al relacionarlos con el tema principal del presente trabajo, para concluir finalmente el primer capítulo de nuestra investigación con el estudio del marco jurídico de las técnicas de reproducción asistida en México, puesto que como se estudiará en el momento oportuno el empleo de la reproducción asistida es imprescindible para la realización del tema en cuestión.

Ahora bien, siguiendo con el desarrollo del presente trabajo, ya hemos mencionado que uno de nuestros principales objetivos es garantizarle ante el caso dado al hijo “superpóstumo” el goce de todos los derechos que de su filiación paterna le corresponderían, por el simple hecho de ser hijo biológico de su fallecido padre, de manera semejante a los derechos a los que tendría acceso cualquier otro hijo nacido derivados igualmente del referido lazo de

filiación. En este orden de ideas, y por estar íntimamente relacionado el tema de la fecundación post-mortem con una de las figuras jurídicas más importantes que actualmente existen, la filiación, es que en el capítulo II de esta investigación entraremos al estudio de la misma comenzando por definirla, para posteriormente conocer cuales son las clases de filiación conocidas en la doctrina.

Igualmente, en el apartado antes enunciado, haremos una especial referencia a los medios de prueba regulados por nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal por virtud de los cuales se puede acreditar la filiación de una persona, con la intención de averiguar si mediante alguno de ellos actualmente de darse un nacimiento post-mortem se pudiese acreditar o no la filiación paterna del hijo nacido, para que en el capítulo correspondiente de darse el caso, analizar que tan pertinente sería que tal filiación se acreditase por alguno de los medios previstos en el ordenamiento jurídico en cita.

No obstante lo anterior, y por estar íntimamente vinculado al tema de la fecundación post-mortem, también estudiaremos una segunda figura jurídica de gran trascendencia: La paternidad. Esto es así, porque como era de esperarse al tratar el tema de la fecundación del hijo después de la muerte del padre, nos parece importante estudiar muy brevemente que es la paternidad, cuales son las presunciones que en nuestro ordenamiento jurídico en cita se establecen para determinarla, y por supuesto como se puede realizar la investigación y la impugnación de la misma.

En este orden de ideas, y como lo podrá constatar el lector, no será hasta nuestro capítulo III en donde hablaremos de los efectos jurídicos de la filiación, para saber en específico cuales son los derechos y obligaciones que en virtud de la referida figura se derivan, para en su momento, poder determinar a que derechos el hijo “superpóstumo” tendría o no acceso de seguir la

redacción actual de nuestro Código en comento, al no contemplarse su nacimiento.

Finalmente, en el capítulo IV del presente trabajo, denominado: “De la necesidad de regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal”, expondremos las razones del porque en nuestra opinión es necesaria la regulación de la fecundación citada. En este orden de ideas, también hablaremos de las desventajas que a nuestro parecer se originan con su no regulación en el Código en estudio, así como también trataremos de exponer cuales serían las ventajas de regular la figura en cuestión en el citado ordenamiento, poniendo para ello a consideración del lector nuestra propuesta de adición y reforma de algunos preceptos del Código Civil para el Distrito Federal tendientes a regular la fecundación post-mortem, para finalmente indicar los efectos jurídicos que la misma tendría con respecto a la filiación, parentesco y en materia sucesoria.

Es así como hacemos una cordial invitación al lector para entrar al estudio de la fecundación post-mortem, poniendo desde este momento a su consideración, nuestra opinión respecto del tema, no sin antes mencionar que el desarrollo del mismo fue realizado pensando en la necesidad de brindar una respuesta jurídica al menor que pudiese llegar a nacer por este medio, gracias a los avances científicos de la materia, avances cuya existencia puede ser deseable o no. Sin embargo, ante el caso dado, el derecho debe, creemos actualizarse y estar preparado para brindar una respuesta jurídica y objetiva en torno a los posibles problemas que los citados avances, en especial en el tema que nos ocupa se pudiesen presentar, ya que no olvidemos que en el empleo de la reproducción asistida, no sólo están en juego los intereses de la personas que en ella participan, sino los de terceras personas que en nada tienen la culpa de las decisiones que sus padres hubiesen tomado para traerlos al mundo.

Capítulo I

De la fecundación post mortem

1.1 Fecundación post mortem. Concepto.

Antes de definir el término fecundación post-mortem, nos parece importante señalar que dicha figura también es conocida en la doctrina con el nombre de inseminación artificial post-mortem o simplemente bajo la denominación inseminación post-mortem. Esto es así, porque inadecuadamente las palabras fecundación e inseminación han sido utilizadas de manera indistinta, como si de sinónimos se tratasen, lo cual a todas luces es incorrecto dadas las siguientes consideraciones:

De manera general, entendemos por inseminación "...el medio para poner en contacto los dos elementos ontogénicos..."¹ espermatozoide y óvulo, aclarando que como se expondrá en su momento actualmente podemos referirnos a la inseminación natural y a la inseminación artificial, sin embargo, para el tema que nos ocupa es lógico suponer que en la doctrina al hablar de la llamada inseminación post-mortem en realidad se hace referencia no a la palabra inseminación en términos generales, sino a la inseminación artificial la cual podemos definir como la "... introducción del esperma en el aparato genital de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual,"² en tanto que el término fecundación se refiere a la "...fusión del óvulo con el espermatozoide".³ Es decir, como acertadamente lo establece el autor Martínez

¹ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Derecho tecnológico. "La nueva inseminación artificial. (Estudio ley 22 de noviembre 1988)". Central de Artes Gráficas. España. 1989. p. 33.

² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1993. p. 287.

³ *Ibidem*, p. 286.

Calcerrada el primer término mencionado "...alude a un proceso que será la causa o desembocará en la segunda; o sea, se insemina para fecundar..."⁴

Una vez aclarado lo anterior, es necesario señalar que en el presente trabajo emplearemos la denominación fecundación post-mortem, ya que consideramos es éste el término más adecuado para el desarrollo de nuestra investigación, como en el transcurso de la misma se podrá observar, ya que de utilizarse la expresión inseminación artificial post-mortem estaríamos limitando la realización de dicha figura a sólo una de las varias técnicas de reproducción asistida que actualmente le pueden dar origen.

Entrando a definir el término fecundación post-mortem es importante señalar que como hemos mencionado en las líneas precedentes la fecundación es la fusión del óvulo con el espermatozoide, en tanto que el término post-mortem está compuesto por la preposición latina *post* "... que origina distintas locuciones inmediatas, con el sentido de posterioridad en el tiempo y también en el espacio..."⁵ y de la palabra *mortem* la cual a su vez proviene del latín *mors*, *mortis* que significa muerte, de ahí que post-mortem signifique "...Después de la muerte".⁶ Es decir, al hablar de la fecundación post-mortem hacemos referencia a la fusión del óvulo con el espermatozoide después de la muerte, sin embargo, como era de esperarse doctrinalmente dicha figura tiene un significado aún más complejo.

"Se entiende por fecundación post mortem los casos de inseminación artificial de una mujer con semen de su marido o varón de la

⁴ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Op. cit. p.32.

⁵ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo VI. Vigésima edición. Heliasta. Argentina. 1981. p. 332.

⁶ Ídem.

pareja fallecido y de implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el semen de su marido o compañero fallecido”.⁷

Cabe señalar, que en la definición transcrita la autora Gómez de la Torre Vargas limita la realización de la figura en estudio a tan sólo dos de las técnicas de fertilización asistida que actualmente existen, es decir, sólo hace referencia a la inseminación artificial y a la denominada fecundación in vitro con transferencia de embriones también conocida como FIVTE, ya que como se verá en el momento oportuno existen otros tipos de técnicas diversas a las ya mencionadas por la autora en comentario. Sin embargo, la definición citada es idónea para el presente trabajo, ya que tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro son las dos técnicas de reproducción asistida que han sido reguladas por nuestra legislación en materia de fertilización asistida.

La fecundación post-mortem acorde con la definición planteada, admite diversas hipótesis que le pueden dar origen y que al decir del autor Corral Talciani citado por Gómez de la Torre Vargas son las siguientes:

“1° Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.

2° Fecundación in vitro con óvulos de la mujer fallecida (llevada a cabo antes de su muerte).

3° Implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y crioconservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido o conviviente varón.

⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz Op. cit. p. 164.

4° Implantación de un embrión crioconservado (concebido con gametos de la mujer difunta) en el seno de una tercera mujer, después de la muerte de la madre genética, por disposición del marido o conviviente supérstite.

5° Embrión crioconservado, no destinado a la donación, cuyos padres genéticos mueren, siendo transferidos o implantados a otra mujer.”⁸

“Tanto la 2° como la 4° y 5° hipótesis implican necesariamente una maternidad de sustitución. Es decir, se requiere de una mujer -que no es la madre genética- para transferirle el embrión y encargarle que geste y alumbre a la criatura.”⁹ Sin embargo, a las hipótesis anteriores, podemos agregarle una sexta que también requiere de este requisito, tal hipótesis sería a nuestro parecer la siguiente:

6.- Embrión concebido con gametos de su padre fallecido y de su madre aun viva, implantado en el útero de una tercera mujer.

Situación que necesariamente también requiere de una maternidad de sustitución.

En este orden de ideas, a nuestro parecer en la hipótesis número 3 el citado autor se está refiriendo a la técnica de fecundación in vitro con semen del varón fallecido, ya que como se verá en su momento la implantación del embrión sólo es una de las fases que comprende la técnica citada.

Como podemos observar dadas las diversas hipótesis señaladas, la fecundación post-mortem es una figura sumamente compleja, de ahí la importancia de delimitarla para su estudio en el presente trabajo, ya que en él

⁸ CORRAL TALCIANI, H. La procreación artificial post-mortem ante el derecho. Citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. pp. 164 y 165.

⁹ Ibidem, p. 165.

sólo haremos referencia a aquellos supuestos que pueden darle origen y que deberían ser regulados en el Código Civil para el Distrito Federal, por las razones que en su momento se expondrán.

En este orden de ideas, podemos decir que: “La fecundación *post mortem* siempre se da en las situaciones de inseminación artificial y fecundación *in vitro* con gametos de la pareja (es el mayor problema que plantea la fecundación asistida con gametos de la pareja) y transferencia de embrión. No se puede dar en los casos de fecundación con donante de semen, porque la fecundación asistida se realiza con gametos de donante anónimo, que carece de toda relación jurídica con el hijo que engendra.

Luego, no hay una persona que asuma la paternidad legal, pues ha muerto el marido o compañero de la madre.

Este tipo de fecundación sería similar al de la mujer sola, de lo que se deduce que no es factible referirse a la fecundación con gametos de donante”.¹⁰ Además, cabe señalar (como se expondrá más adelante) que el principal motivo que impulsa la fecundación post-mortem es el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto lo cual en este último supuesto, no se daría.

“Y, como ya se señalara, tampoco se puede hablar de fecundación *post mortem* con el material genético de la mujer muerta, con el objetivo de que el marido o compañero tuviera un hijo de ella, porque nos encontraríamos con la figura de maternidad de sustitución o subrogada”.¹¹ Misma que no es susceptible de incorporarse actualmente en el Código Civil para el Distrito

¹⁰ HERNANDEZ IBAÑEZ, C. La Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: Consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada. Citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p.166.

¹¹ Ídem.

Federal por los razonamientos que en su momento expondremos. Por estas mismas razones tampoco podríamos hablar de regular la hipótesis número seis por nosotros propuesta.

De lo anterior podemos deducir que en el presente trabajo al hablar de nuestra intención de regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal únicamente nos estaremos refiriendo a las hipótesis marcadas con los numerales uno y tres antes citados, es decir, a la inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto y a la implantación de un embrión (concebido en vida de sus padres genéticos y crioconservado posteriormente) en el útero de la madre después de la muerte del marido o conviviente varón, sin perjuicio de mencionar a las demás. Aclaración que nos parece pertinente realizar desde este momento dado la diversidad de la figura en estudio.

1.2 Requisitos.

Los requisitos que deben reunirse para dar lugar a la figura de la fecundación post-mortem son variados, sin embargo, en la doctrina autores como: Luis González Morán, Miguel Ángel Soto Lamadrid, Ma. Jesús Moro Almaráz, y Manuel F. Chávez Asencio coinciden en que los elementos básicos que conforman la figura en estudio son los que a continuación se enumerarán, mismos que en forma sistemática señala la autora Gómez de la Torre Vargas los cuales son los siguientes:

“1. Se requiere que exista una procreación no coital, sea por inseminación artificial o por FIVTE, puesto que si se trata de una fecundación coital, estaríamos frente a la figura del hijo póstumo.

2. Es necesario que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la I.A. o de una FIVTE.

3. Es preciso que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo, si se trata de una I.A. o antes de la implantación del embrión en su esposa o mujer.

4. Se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto.”¹²

A continuación trataremos de explicar los elementos antes citados.

1. Se requiere que exista una procreación no coital sea por inseminación artificial o por FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones), puesto que si se trata de una fecundación coital estaríamos frente a la figura del hijo póstumo.

Por lo que se refiere a éste elemento, hemos hecho hincapié en líneas anteriores que para realizar una fecundación post-mortem es necesario el empleo de técnicas de reproducción asistida, ya que dicha fecundación no puede llevarse a cabo de manera natural, es decir, mediante la vía coital pues es imposible que una persona después de su muerte conciba por medios naturales a un hijo suyo. De ahí que necesariamente se tenga que acudir al empleo de técnicas de reproducción asistida para la realización de la figura en comento.

En este orden de ideas, podemos señalar que si la pareja fecundara a un hijo suyo por la vía coital, en primera el concebido lo sería en vida de su padre

¹² Ibidem, p.167.

no dando con ello lugar a la fecundación post-mortem, y pese a que éste muriera después de su concepción se estaría no frente a la figura del hijo “superpóstumo” como la doctrina, en especial la autora Gómez de la Torre Vargas Maricruz tiende a denominar al concebido y después nacido vía fecundación post-mortem, sino frente a la figura del hijo o hijos póstumos definiendo a estos como “...aquellos nacidos después de la muerte del padre.”¹³

2. Es necesario que el padre fallecido haya tenido la voluntad de asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de la aplicación de la I.A. (inseminación artificial) o de una FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones).

Como es sabida, la procreación de un hijo implica una gran responsabilidad que trae consigo diversas consecuencias de entre las cuales destacan por su importancia, las consecuencias jurídicas. En este orden de ideas, podemos señalar por ejemplo los derechos derivados de la filiación, como son: el derecho al nombre, a alimentos, y los derechos sucesorios en sucesión legítima entre otros derechos que tendrá el hijo nacido y que deberán proporcionarle obligatoriamente sus padres. Por tanto, la decisión de procrear un hijo no puede dejarse al arbitrio único de uno de los miembros de la pareja, en el caso que nos ocupa de la mujer, no sólo porque ésta estaría comprometiendo al varón a cumplir en contra de su voluntad con los derechos del hijo procreado antes enunciados, sino porque en cuanto a nuestra legislación como se verá en su momento la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo cuarto, párrafo segundo establece el derecho que tiene toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, de tal suerte que creemos que en el caso que nos ocupa y en el ejercicio de éste derecho el varón de la pareja

¹³ MORO ALMARAZ, Ma. Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Librería Bosch. España. 1988. p. 247.

en vida debe manifestar su voluntad para asumir la paternidad respecto de la criatura que resulte de las técnicas de reproducción asistida en cita.

3. Es preciso que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo, si se trata de una I.A. o antes de la implantación del embrión en su esposa o mujer.

Por lo que se refiere al elemento antes citado, podemos decir que al igual que los demás, es imprescindible ya que de no presentarse simplemente no tendría lugar la figura de la fecundación post-mortem. Ahora bien, es importante aclarar que en cuanto a la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones), (como se verá en el momento oportuno) la concepción propiamente dicha puede presentarse antes del fallecimiento del padre o bien con posterioridad de ocurrido este hecho. Aclarando que, si la fecundación del embrión se hiciera en vida del varón de la pareja, pero su implantación se realizase con posterioridad a la muerte de aquel, en realidad más que de hablar de fecundación post-mortem, hablaríamos de una “implantación post-mortem.”

Esto es así, porque en el caso planteado la fecundación propiamente dicha ya se hubiese llevado a cabo, no habiendo en sentido estricto una fecundación post-mortem porque el embrión estaría concebido en vida de sus progenitores y lo único que faltaría sería la etapa de implantación de embrión.

Lo anterior debido a que la técnica de reproducción asistida FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) consta entre otras de dos etapas a saber: Fecundación e implantación del embrión, sin embargo, la implantación del embrión en el seno materno si debe tener lugar después de la muerte del padre como lo señala acertadamente la autora Gómez de la Torre Vargas porque de lo contrario, la mujer ya estaría embarazada antes de la muerte de su pareja y con ello no se daría la figura en estudio, puesto que al

haber quedado la mujer en cinta nos encontraríamos con un concebido (antes de la muerte de su padre) pero aun no nacido, lo que daría lugar muy probablemente a la figura del hijo póstumo, figura totalmente opuesta a la fecundación post-mortem, debido a que mientras en ésta última el hijo es concebido con posterioridad a la muerte de su padre, en la primera el hijo es concebido en vida de su padre pero, nacido después de su muerte. Ahora bien, mientras que en la fecundación post-mortem la concepción debe llevarse a cabo mediante métodos de fertilización asistida, en la figura del hijo póstumo dicha fecundación puede realizarse vía coital ó bien con ayuda de técnicas de fertilización asistida.

Sin embargo, es de resaltar que pese a tal diferenciación, la doctrina tiende a denominar igualmente como fecundación post-mortem a la que en sentido estricto de la palabra sería una “implantación post-mortem”.

Esto es así porque si bien es cierto con la técnica de la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) la concepción del hijo como ya mencionamos, puede presentarse en ocasiones antes de la muerte del padre lo que sería una contradicción con la figura en estudio, en realidad, no es así, porque de hecho la mujer aún no está embarazada aunque la concepción ya se hubiese efectuado, esto gracias a los avances en materia de fecundación asistida, por tanto se requiere necesariamente de la implantación del embrión en el seno materno. De lo contrario la criatura, aunque estando concebido aun antes de la muerte de su padre nunca llegaría a nacer y por tanto, no nos encontraríamos con la figura del hijo póstumo, de ahí que se requiere reiteramos, de la implantación del embrión en el seno materno con posterioridad a la muerte del padre, dando con ello lugar a la fecundación post-mortem.

Es por ello, que si bien es cierto resaltamos la diferencia entre lo que sería una fecundación post-mortem y una “implantación post-

mortem”, como en ésta última también lo que se desea lograr es el nacimiento de un hijo con posterioridad a la muerte de su padre genético, pero sin haber estado embarazada la mujer al momento de haberse llevado a cabo tal deceso, es que a tal implantación post-mortem le seguiremos denominando en el presente trabajo fecundación post-mortem, al igual que lo hace la doctrina.

En este orden de ideas, consideramos que al emplear una fecundación “in vitro” con transferencia de embriones para dar lugar a la fecundación “post-mortem” la etapa determinante para que se de la misma, es el momento en que se implanta el embrión en la mujer y no necesariamente el de su concepción, ya que se debe de atender a sí dicha implantación se produce antes de la muerte del padre y se daría probablemente un hijo póstumo o bien si es con posterioridad a la misma y estaríamos ante una fecundación post-mortem, aunque técnicamente el nombre de ésta figura, no concuerde al cien por ciento con lo que de hecho sucede al emplearse una FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones).

4. Se requiere el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto.

Este último elemento, es el “motor” (si así podemos denominarlo) que impulsa a la mujer para llevar a cabo una fecundación post-mortem. Esto es así porque la mujer del varón fallecido, podría volver a tener otra pareja con la que pueda llevar a cabo la procreación de un hijo, sin embargo, por los motivos que aquella considere pertinentes, ya sea sentimentales o de otra índole, es el deseo de la mujer de tener precisamente un hijo de su marido o compañero muerto la que la lleva a pensar en la realización de la fecundación en comento y no solamente el anhelo de ser madre.

Ahora bien, una vez analizados los elementos que dan origen a la figura en estudio proseguiremos a explicar en la práctica como es posible llevar a cabo tal fecundación.

1.3 Formas de llevar acabo una fecundación post-mortem mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida y la criopreservación.

A continuación, explicaremos como mediante el empleo de las citadas técnicas, actualmente científicamente es posible la realización de una fecundación post-mortem.

Antes que nada comenzaremos por definir el término “reproducción asistida”, de la siguiente manera:

Reproducción asistida.- “...**grupo de técnicas cuyo objetivo es resolver los problemas de esterilidad que afectan a un número cada vez mayor de parejas.**” ¹⁴

En tanto que de acuerdo a información igualmente extraída de la fuente citada, las **técnicas de reproducción asistida, son aquellos métodos utilizados para tratar los casos de esterilidad.** Ahora bien, es importante reiterar que para que se configure una fecundación post-mortem, y pese a que en la realización de ésta se tenga que hacer uso de las técnicas mencionadas, la doctrina no considera como un requisito para que la misma se lleve a cabo la esterilidad de la pareja, pues incluso, siendo ambos fértiles tal fecundación se puede realizar, puesto que en algunas ocasiones varones que son completamente capaces de procrear un hijo, por padecer algún tipo de enfermedad que en un futuro les ocasione la esterilidad, optan por depositar su material reproductor en un banco de semen, o bien tratándose de otras parejas

¹⁴ Enciclopedia encarta 2004. Microsoft Corporation.2004.

que si hubiesen sido estériles, se puede dar el caso de que en vida de ambos estuviesen durante un proceso de inseminación artificial o de fecundación in vitro con transferencia de embriones, y que tal proceso se hubiese quedado inconcluso con la muerte del varón, quedando su material reproductor listo para llevar a cabo la fecundación de un hijo, aunque la misma científicamente por los motivos que a continuación explicaremos se pueda llevar a cabo después de su muerte.

Las técnicas de reproducción asistida que actualmente existen son:

- Inseminación artificial (I.A)
- Fertilización in vitro con transferencia de embriones (FIVTE) y
- Transferencia intratubaria de gametos (GIFT)

A continuación estudiaremos cada una de ellas.

1.3.1 Inseminación artificial (I.A).

Inseminación artificial.- Es la "...introducción del espermatozoides en el aparato genital de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual..."¹⁵ Esta técnica reconoce variantes, según el lugar del aparato reproductor femenino donde se deposite el espermatozoides, entre las cuales podemos señalar:

1. Inseminación artificial intravaginal
2. Inseminación artificial intracervical
3. Inseminación artificial intrauterina e
4. Inseminación artificial intraperitoneal

¹⁵ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 287.

Inseminación artificial intravaginal.- Es aquella en la que “...se inyecta el esperma fresco en el fondo de la vagina, mediante una jeringa...”¹⁶

Inseminación artificial intracervical.- Es aquella en la cual “...se deposita el esperma, en contacto con la secreción cervical...”¹⁷ Con ésta técnica se permite que la secreción cervical cumpla con su función natural de seleccionar el material seminal que está destinada a cumplir.

Inseminación artificial intrauterina.- Es aquella en la que se depositan los espermatozoides en la cavidad uterina.

Según informes de Técnicas en reproducción asistida, grupo médico del Instituto de Esterilidad y Salud reproductiva S.C a través de su página en internet <http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>, el proceso que se sigue para la realización de éstas dos últimas variantes de la inseminación artificial es el siguiente:

1.-La muestra de semen se pasa por la denominada capacitación espermática, a través de la cual se emplea una serie de técnicas de lavado con soluciones especiales que eliminan del eyaculado restos celulares, bacterias, espermatozoides lentos y muertos y al mismo tiempo se seleccionan espermatozoides más fértiles, aumentando con ello las posibilidades de fecundación.

2.-Cuando la muestra está lista para la inseminación se deposita en un catéter especial, conectado a una jeringa, la paciente se recuesta en posición ginecológica, se coloca un espejo vaginal estéril para localizar el cervix (igual que en una exploración vaginal de rutina) y por su orificio se introduce el catéter

¹⁶ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. Procreación humana artificial: Un desafío bioético. Segunda edición. Ediciones Depalma. Argentina. 1995. p.109.

¹⁷ Ídem.

hacia el interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si el caso lo amerita, se puede depositar semen capacitado en el interior del cervix (inseminación intracervical).

3.-El catéter se retira lentamente y se deja al paciente en reposo 20 minutos, concluyendo así el procedimiento.

Inseminación artificial intraperitoneal.- "...la técnica consiste en la introducción de espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal, mediante una inyección aplicada a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación." ¹⁸

Según datos proporcionados por Técnicas en reproducción asistida, grupo médico del Instituto de Esterilidad y Salud reproductiva S.C a través de su página de Internet citada: "La inseminación intraperitoneal se practica mediante una inyección de espermatozoides en la cavidad abdominal, para que las propias trompas de Falopio capten a los espermatozoides así como captan al óvulo. En este tipo de inseminación, el material reproductor masculino transita el camino inverso al natural (vagina, útero y luego trompas) puesto que llega a las trompas de Falopio directamente."

Cabe señalar que la inseminación artificial puede clasificarse dependiendo del origen del esperma a utilizar como: Inseminación artificial homóloga (o también llamada en la doctrina inseminación artificial intraconyugal) e inseminación artificial heteróloga.

Inseminación artificial homóloga.- Es aquella en la que se emplea el esperma de la pareja.

¹⁸ Ibidem. p. 110.

Es importante aclarar, que la inseminación artificial homóloga es el único tipo de inseminación artificial que puede dar origen a la figura de la fecundación post-mortem, pues, como ya lo explicamos en líneas precedentes uno de los elementos necesarios para que se actualice tal fecundación, es el deseo de la mujer de tener un hijo de su marido o compañero muerto, situación que sólo puede llevarse a cabo empleando el semen del varón fallecido.

En este orden de ideas, si se opta por utilizar la inseminación artificial como medio para obtener una fecundación post-mortem, sólo debe emplearse la inseminación artificial homóloga, en la que se utiliza precisamente el semen del varón de la pareja (en el caso que nos ocupa, el semen del varón fallecido). Ya que de emplearse el material reproductor de un donador (como ocurre en la inseminación artificial heteróloga, la cual explicaremos a continuación), simplemente la fecundación post-mortem no se presentaría, puesto que el hijo concebido no sería del varón de la pareja fallecido. **Esto es aplicable a todo tipo de técnica de reproducción asistida, por medio de la cual se pretenda realizar una fecundación post-mortem, ya que siempre se debe de utilizar el semen del varón fallecido, nunca el de un donador.**

Por lo que se refiere a la inseminación artificial heteróloga (I.A.D) o inseminación artificial con semen de donador como también es conocida, la podemos definir de la siguiente manera:

Inseminación artificial heteróloga.- Es aquella en la que se utiliza semen de donador (semen congelado de banco), y se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o es portador de una enfermedad hereditaria.

Técnica a través de la cual no es susceptible practicar una fecundación post-mortem por los motivos antes enunciados, razón por la cual no entraremos a su estudio con mayor profundidad.

Para finalizar el estudio de la técnica de fecundación asistida, ya señalada, cabe resaltar que según información de Técnicas en reproducción asistida, grupo médico del Instituto de Esterilidad y Salud reproductiva S.C vertida a través de la página en internet citada, recomienda la realización de 5 ciclos consecutivos de inseminación artificial para agotar las probabilidades de éxito. Y señala que una vez lograda la fecundación, el desarrollo del embarazo es normal; el riesgo de presentar un aborto, parto prematuro o un bebé con una malformación congénita es el mismo que un embarazo obtenido por coito vaginal.

1.3.2 Fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE).

Podemos definir a la técnica de reproducción asistida antes citada, de la siguiente manera:

Fecundación in vitro.- "...nombre genérico que designa a las técnicas médicas por las cuales se lleva a cabo la fecundación humana fuera del organismo de la madre y luego se implanta el embrión resultante en el seno materno..."¹⁹

Esta técnica de reproducción asistida consta de las siguientes etapas:

- La estimulación ovárica
- Captura de los ovocitos directamente del ovario
- Obtención del esperma
- Fecundación
- Transferencia de los embriones al útero.

¹⁹ Ibidem. p. 107.

1.-La estimulación ovárica.- Consiste al decir de las autoras Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda en la inducción provocada a los ovarios para la producción y obtención de más de un ovocito en cada ciclo femenino.

“La estimulación se realiza con gonadotrofinas (hormonas que estimulan al ovario), para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos maduros para el procedimiento...”²⁰ cabe señalar que la cantidad y calidad de los ovocitos obtenidos durante esta etapa, es uno de los factores determinantes de las probabilidades de éxito del procedimiento. Además la estimulación ovárica también puede ser utilizada como complemento de otro tipo de técnicas de fecundación asistida, por ejemplo con la inseminación intrauterina se han dado mayores tasas de embarazo empleando tal inducción, que cuando se realiza en un ciclo natural.

2.-Captura de los ovocitos directamente del ovario.- Tal captura actualmente puede realizarse mediante una laparoscopia que “...es el examen de la cavidad peritoneal que se realiza con un instrumento óptico, llamado laparoscopio -sonda muy delgada y de unos 40 cm. de largo- introducido a través de una incisión practicada en la pared abdominal; ella permite visualizar los ovarios y examinar el aspecto y tamaño de los folículos.”²¹ O bien mediante punción y aspiración de los folículos, bajo control ecnográfico. En ambos casos se puncionan los folículos maduros con ayuda de una aguja o bien mediante aparatos electrónicos de aspiración.

“...Existen tres caminos de acceso posible: la aguja puede atravesar el abdomen y la vejiga, el fondo de la vagina o bien la uretra (conducto evacuador de la orina) y la pared posterior de la vejiga. En general es suficiente con una anestesia suave. Los folículos se aspiran mediante una jeringa y se trasladan al

²⁰ <http://www.reproduccion.com.mx>

²¹ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. Op. cit. p. 123.

laboratorio...”²² El momento para recoger el óvulo ha de realizarse con absoluta precisión, cuando el óvulo ha alcanzado cierta madurez.

Una vez recogidos del líquido folicular, los ovocitos se colocan en un tubo que contiene un medio de cultivo que proporciona al ovocito y con posterioridad al embrión, nutrientes que le son necesarios para su conservación.

3.-Obtención del esperma.- El semen al decir de las autoras Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda se obtiene mediante masturbación o con la utilización de aparatos especiales para ello. Una vez obtenido (según lo explican las autoras en comentario en su obra citada) se le realiza un espermograma, estudio mediante el cual se puede observar la cantidad, movilidad y aspecto morfológico de los espermatozoides; y contenidos de gérmenes del semen.

4.-Fecundación.- En esta etapa “...Cada ovocito se deposita en un tubo de inseminación junto a los espermatozoides y se los mantiene así hasta el día siguiente en incubadora a 37°C. A las 17/18 horas aproximadamente desde el acercamiento de los gametos, se localiza al ovocito para intentar observar los signos de fertilización...”²³

“La fecundación, de llegar a producirse, se constatará al observarse dos pronúcleos en el centro del huevo, el del óvulo y el del espermatozoide. Si ha existido fecundación, el huevo se transfiere a un nuevo tubo con medio de cultivo desprovisto de espermatozoides. En ese nuevo ambiente el huevo fecundado permanece en las mismas condiciones de temperatura y luz ya

²² Ibidem. pp. 123 y 124.

²³ Ibidem. p. 125.

mencionadas, hasta 48 horas desde la punción folicular, y se realiza, entonces, la transferencia embrionaria”.²⁴

5.-Transferencia de los embriones al útero.- Los embriones que van a ser implantados, son aspirados en un catéter muy fino, posteriormente se les introduce en forma indolora en el cuello del útero y luego se les deposita a 1 cm. de la cavidad uterina. Según el Instituto Técnicas en reproducción antes mencionado mediante información obtenida de su página en internet ya citada, la mujer debe estar acostada, en posición ginecológica, se coloca un espejo vaginal y se hace un aseo de vagina y cuello de la matriz, se cargan de cuatro a tres embriones en el catéter señalado el cual se pasa por el cervix, hacia el interior del útero. La paciente se queda acostada unas dos horas y posteriormente regresa a su domicilio. La transferencia embrionaria puede realizarse en cualquier etapa posterior a la fecundación, aunque generalmente se transfieren 48 horas después de ésta. Es importante señalar que con el empleo de tal técnica, pueden darse embarazos gemelares o triples. El éxito de la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) es de aproximadamente de un 15-20%, según informes de la Institución citada.

1.3.3 Transferencia intratubaria de gametos (GIFT).

La gamete intrafallopian transfer G.I.F.T. es la técnica de reproducción asistida a través de la cual se da la transferencia a la trompa de falopio de uno o varios ovocitos y espermatozoides.

Es una variante de la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) y como su nombre lo indica, consiste en la transferencia de los gametos a las trompas de falopio. Su proceso es parecido a la FIVTE

²⁴ VEGA GUTIÉRREZ, Ma. Luisa. et. al. Reproducción asistida en la Comunidad Europea. “Legislación y aspectos bioéticos”. Citado por LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. Op. cit. p. 125.

(fecundación in vitro con transferencia de embriones) , ya que al igual que en ésta se realiza la estimulación de la ovulación, se recoge y se prepara el espermatozoide, y se produce una inmediata transferencia de los gametos, mediante una laparoscopia a una o a las dos trompas, sin embargo, difiere en ésta etapa de aquella, ya que en la G.I.F.T. (transferencia intratubaria de gametos) el encuentro con el espermatozoide se realiza en su medio natural y no en una caja de cristal como ocurre en la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones), esto es lo que da a la G.I.F.T. (transferencia intratubaria de gametos) su alta tasa de éxito (30-40%).

Cabe señalar, que además de las técnicas de reproducción asistida antes señaladas, también existen otras variantes de la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) que por ser menos empleadas dado a su bajo porcentaje de éxito o bien a su aplicación en casos de esterilidad muy específicos sólo nos dedicaremos a mencionar a continuación: Z. U. T. (zygote uterine transfer), transferencia temprana de los cigotos al útero, Z. I. F. T. (zygote intrafallopian transfer), y finalmente la denominada P. R. O. S. T. (pronuclear stage transfer) transferencia en estado de pronúcleos a trompas. Es importante resaltar que todos los procedimientos antes indicados pueden llevarse a cabo con gametos de la pareja, siendo en éste caso un procedimiento homólogo, o bien con gametos de terceros (donadores anónimos), dando lugar a un procedimiento heterólogo.

1.3.4 La criopreservación.

Ahora bien, como se puede apreciar de la descripción de cada una de las técnicas de reproducción asistida antes señaladas, tanto la fecundación como el acercamiento de los gametos para llevar a cabo la misma se realiza por medios 100% artificiales, no existiendo un tiempo que deba ser respetado para la práctica de tales técnicas ya que, por ejemplo en la fecundación “in vitro” con

transferencia de embriones, éstos últimos no necesariamente deben de implantarse a la madre inmediatamente después de haberse llevado a cabo la fecundación en el recipiente de vidrio, lo mismo sucede con el semen que se obtiene para la práctica de una inseminación artificial, o bien con los gametos obtenidos para llevar a cabo una G. I. F. T., esto porque tanto embriones como gametos pueden ser conservados para su posterior utilización (incluso años después) gracias a las técnicas de congelación o crioconservación que actualmente existen y que son practicadas en los llamados **“bancos de gametos y de embriones”**.

“Los bancos de gametos son instituciones que surgen como consecuencia directa y necesaria de la aplicación concreta de las distintas técnicas de fecundación asistida (TFA). Éstas, cuando se trata de procesos heterólogos en los casos de infertilidad femenina o masculina, admiten la utilización de gametos de terceros, de donantes anónimos, que son depositados en lugares con un acondicionamiento ambiental y físico adecuado...”²⁵, empleando para ello el frío intenso para su conservación o como actualmente se conoce para su crioconservación. Aclarando, que no sólo parejas estériles pueden depositar sus gametos en los citados bancos, ya que también pueden hacerlo, aquellas personas que no la padezcan.

Actualmente, el semen es más susceptible de crioconservarse en comparación con el óvulo para su posterior uso en técnicas de reproducción asistida, esto porque la ciencia no garantiza su viabilidad dado a la manipulación humana de que es objeto para su obtención, a diferencia del esperma que se obtiene más fácilmente. Sin embargo, como hemos mencionado líneas anteriores, no sólo existen bancos de gametos, sino también de embriones. Las razones por las que se conservan éstos son variadas entre

²⁵ CÓRDOBA, Jorge Eduardo. y Julio C. Sánchez Torres. Fecundación humana asistida. “Aspectos jurídicos emergentes”. (Col. Lecciones y Ensayos 10). Alveroni Ediciones. Argentina. 2000. p.14

las que podemos señalar, las de preservar aquellos que no fueron utilizados por exceder el número aconsejado para su implante, los que son descartados por su inviabilidad o riesgo genético comprobado, o bien aquellos que se reservan para una utilización posterior, sea por si fracasa el implante o por si se quiere gestar en otra oportunidad. “La crioconservación de los embriones excedentes supernumerarios, desechados o reservados, es semejante a la de los gametos.”²⁶

En este orden de ideas, cabe señalar que en nuestro país existen instituciones en donde se llevan a cabo la práctica de técnicas de reproducción asistida, entre las que podemos mencionar a Técnicas en reproducción asistida grupo médico del Instituto de Esterilidad y Salud Reproductiva S.C., el cual mediante su página en Internet <http://www.reproducción.com.mx/> explica que es y como lleva a cabo la criopreservación o crioconservación en los siguientes términos:

La criopreservación consiste en utilizar 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.

“Nosotros utilizamos un equipo computarizado que permite un estricto control de las condiciones para bajar la temperatura fracciones de grado centígrado al minuto.”²⁷

²⁶ Ibidem. p. 15.

²⁷ <http://www.reproducción.com.mx/>

“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°C** en tanques especiales. Los especímenes pueden almacenarse durante muchos años.”²⁸

“A nivel reproductivo nosotros congelamos espermatozoides y pre-embryones.”²⁹

En este orden de ideas, si bien es cierto que los espermatozoides así conservados resisten las bajas temperaturas, como es de esperarse, antes de su empleo es necesario realizar una serie de estudios a efecto de determinar si no han sufrido algún daño que impida su uso. Por último basta agregar que para proceder al descongelamiento de dichos gametos sólo es necesario dejarlos en el recipiente en el que han permanecido guardados a temperatura ambiente durante un lapso breve de tiempo.

Sin duda nos parece sorprendente la conservación de gametos y de embriones por medio de la crioconservación, para su posterior uso en técnicas de reproducción asistida, ya que como lo hemos mencionado, si bien es cierto la conservación de óvulos y de embriones se logra con menos resultados satisfactorios, en comparación con los obtenidos para los gametos masculinos, es reiteramos, sorprendente que éstos puedan ser utilizados mucho tiempo después gracias a los avances científicos en la materia. Y es precisamente ésta crioconservación (aunado al empleo de técnicas de reproducción asistida) la

²⁸ <http://www.reproducción.com.mx/>

²⁹ <http://www.reproducción.com.mx/>

que hace posible la realización de una fecundación post-mortem, pues como se puede observar de la lectura de los procedimientos seguidos en la fecundación asistida y con el congelamiento de gametos y embriones, se puede obtener por un lado el espermatozoides del varón de la pareja antes de su fallecimiento por los métodos ya indicados, y por el otro dicho espermatozoides puede ser utilizado en cualquiera de los procedimientos de reproducción asistida señalados, con posterioridad a su muerte, para que su mujer conciba un hijo suyo gracias a la crioconservación de su material reproductor, sucediendo lo mismo con el embrión concebido en vida de su padre, pero crioconservado, e implantado con posterioridad a su muerte.

De ahí la importancia de la crioconservación y las técnicas de reproducción asistida señaladas para el tema que nos ocupa ya que gracias a las mismas, científicamente estamos frente a la posibilidad de que se pueda llevar a cabo una fecundación post-mortem, incluso en nuestro país.

1.4 Fecundación post-mortem y maternidad subrogada.

Como mencionamos al inicio del presente trabajo al hablar de las diversas hipótesis o variantes que podrían dar lugar a la fecundación post-mortem, limitamos ésta, a tan sólo la procreación de un hijo con material reproductor del varón de la pareja fallecido y, señalamos que por lo que tocaba al tema de la fecundación post-mortem con material reproductor de la mujer previamente muerta, no era nuestra intención desarrollarlo con plenitud, ya que nosotros únicamente nos limitaríamos a proponer la regulación de la fecundación post-mortem con material reproductor del varón de la pareja en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que como señalamos en líneas precedentes para la realización de la fecundación post-mortem femenina, era necesario dar lugar a la figura conocida bajo el nombre de Maternidad Subrogada, misma que como antes aseveramos, no podría ser objeto de

regulación en el citado ordenamiento, por las razones que a continuación expresaremos.

El término “maternidad subrogada” viene de la traducción de la expresión inglesa “surrogated motherhood”, y también es conocida como maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero, y la podemos definir de la siguiente manera:

“Se llama maternidad subrogada a la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia.”³⁰

Diversas son las “combinaciones” si así podemos denominarlas de la maternidad subrogada, entre las que podemos mencionar:

1.- Que la madre subrogada geste a un ser humano concebido con su material reproductor y semen del varón de la pareja contratante.

2.- Que la madre subrogada geste a un ser humano concebido con el material reproductor de la pareja contratante y

3.- Que la madre subrogada geste a un ser humano concebido con el material reproductor perteneciente a un tercero o terceros que no sean la pareja contratante.

³⁰ GAFO, J. Nuevas técnicas de reproducción humana. Citado por GUERRA FLECHA, José María. et. al. Dilemas éticos de la medicina actual- II. “Procreación humana asistida: Aspectos técnicos, éticos, y legales.”. Serie V. Universidad Pontificia Comillas. España. 1998. pp. 147 y 148.

Existen diversas razones que dan lugar a la figura de maternidad subrogada, sin embargo, a continuación únicamente mencionaremos la que se encuentra relacionada con el tema en estudio:

“...-cuando una pareja de hombres homosexuales o un hombre solo insemina artificialmente a una madre subrogada con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.”³¹

Es éste último punto el que nos interesa para el desarrollo del tema central que nos ocupa, pues con tal se da una variante de la fecundación post-mortem, y como se puede deducir quien contrataría a la madre subrogada no sería la mujer de la pareja como lo señala la definición transcrita, sino el varón supérstite.

Sin embargo, cualquiera que sea la variante del contrato de maternidad subrogada, igualmente es difícil de regular en el ordenamiento legal antes invocado, ya que sería inexistente porque por un lado carece de objeto, (pues acorde con la definición citada éste sería gestar por parte de la madre subrogada un bebé para que a su nacimiento, éste sea entregado a la pareja contratante) ya que el bebé que sería entregado, el ser humano en sí, no es una cosa. Con lo cual no encuadra con lo establecido en la fracción I del Artículo 1824 que señala que el objeto de los contratos es la cosa que el obligado debe dar y tampoco está en el comercio con lo que no cumple con lo preceptuado por el artículo 1825.

1.5 Aspectos éticos de la fecundación post-mortem.

En el presente apartado, hablaremos del panorama general de la ética para con ello determinar que es considerado ético en las sociedades

³¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 197 y 198.

actualmente existentes, para posteriormente relacionar tal panorama con las técnicas de reproducción asistida y finalmente poder llegar a una conclusión en cuanto a si la práctica de la fecundación post- mortem, es en si misma ética o no.

Antes que nada, es importante señalar que autores como Engelhardt y Wildes citados por el autor Javier Gafo, en la obra en que participa *Dilemas éticos de la medicina actual II. "Procreación humana asistida, aspectos técnicos, éticos y legales"*, al contemplar el panorama que se vive en las sociedades que ellos llaman posmodernas perciben la existencia de un sin número de éticas, es así como Engelhardt manifiesta: "...hoy pueden articularse una diversidad de éticas, válidas para ciertos grupos, para los llamados <<amigos morales>>, pero no es posible un amplio marco ético que sea asumido por los <<extraños morales>> los que pertenecen a diversas comunidades morales. Dada la fragmentación de éticas existentes y la no existencia de <<grandes relatos>> que expliquen la realidad y proporcionen una moralidad común, es imposible justificar un marco de exigencias éticas por parte del Estado que exijan una moralidad particular. Por eso, el *rol* del Estado es permanecer neutral ante las distintas éticas existentes y asegurar unas relaciones libres y pacíficas entre los ciudadanos, como el ámbito apropiado para resolver las diferencias." ³²

De igual forma, el autor Martínez Calcerrada al hablar del tema ético señala que existe un "...concierto de eticidad imperante en la sociedad actual, que, como es sabido, evoluciona al compás de los tiempos..." ³³

Es así como el autor Wildes considera que ante la variedad de "éticas existentes", el único principio ético que puede fundamentarse hoy con validez

³² GUERRA FLECHA, José María. et. al. Op. cit. p.188.

³³ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Op. cit. p. 60.

general, en una sociedad posmoderna es el principio de autonomía, "... al que incluso reducen al principio del permiso, al escrupuloso respeto hacia las opciones de todos los ciudadanos, de tal forma que ninguna persona se pueda sentir coaccionada a realizar algo en contra de su voluntad. No niegan el valor de los principios éticos de beneficencia y de justicia, cuya validez, según ENGELHARDT, es muy importante en el ámbito de las distintas comunidades morales, entre los llamados <<amigos morales>>, pero cuya fundamentación es discutible en el contexto social plural en que hoy se desarrolla la vida." ³⁴

Es decir, para estos autores que consideramos ostentan un pensamiento sumamente liberal, un acto será ético o no dependiendo del "permiso" que una persona otorgue para llevarlo a cabo, mientras exista tal permiso, el acto será ético, de lo contrario carecerá de tal adjetivo.

Ahora bien, partiendo de lo antes dicho en cuanto a cuando una conducta se considera ética o no para autores como los enunciados, relacionemos tales ideas con las técnicas de reproducción asistida en cuanto a si son o no éticas "...pero su centramiento en el principio de autonomía- o en el de permiso- llevaría en su lógica interna a la aceptación no sólo de la mayoría de las técnicas concretas, sino a que cualquier persona, al margen de su *status* personal o social, pueda beneficiarse de la nueva tecnología con tal de que se respeten las autonomías implicadas..." ³⁵

Es decir, acorde con la postura de la autonomía mientras exista el permiso para realizar la técnica de reproducción asistida que se trate, lo que incluiría a la fecundación post- mortem, ésta será ética. Sin embargo, pese a lo libertario que parezca este pensamiento en torno al principio de la autonomía, incluso los autores citados, estarían de acuerdo con el principio que versa "que

³⁴ GUERRA FLECHA, José María. et. al. Op. cit. p.188.

³⁵ Ídem.

no todo lo que técnicamente se puede hacer, es también éticamente aceptable”, ya que: “...Es claro que, para los autores citados, sería inmoral en el contexto de una sociedad posmoderna la realización de una procreación asistida en contra o al margen de la autonomía o permiso de las personas implicadas. Pero no se acaba de ver cómo esos autores podrían argüir en contra de prácticas tan cuestionables como la clonación o la hibridación de nuestra especie con otra próxima, si contasen con el permiso de las personas implicadas.”³⁶

Es decir, por un lado, si no existe el permiso para la realización de una fecundación asistida y se llevara a cabo, ésta sería una práctica no ética dada la ausencia de tal permiso, pero por otro lado aunque tales autores sólo quieran que se respete el principio de la autonomía, ignorando cualquier otro, no sustentan porque esas prácticas pueden ser perjudiciales para la humanidad y serían éticas con la sola condición de que exista el “permiso” para su realización.

En este orden de ideas, y pese a la existencia de diversos pensamientos, respecto a los cuales una conducta es considerada ética, o no quisimos abordar uno tan liberal como el ya mostrado, para hacer hincapié en que no basta la voluntad individual de manifestar “el permiso”, para que un acto sea ético, pues hay que pensar y respetar otros principios bioéticos como son el de beneficencia y no maleficencia, por los siguientes razonamientos:

“...en el tema de la reproducción humana asistida están en juego valores sociales tan relevantes, como los relacionados con la paternidad/maternidad, filiación y *status* del nuevo ser humano, por lo que se hace necesaria una implicación de la sociedad para determinar, dentro de lo que es técnicamente posible, lo que igualmente es éticamente aceptable.”³⁷

³⁶ Ibidem. pp. 189 y 190.

³⁷ Ibidem p. 190.

Es decir, para señalar cuando es ética o no una técnica de reproducción asistida, no podemos actuar como extraños morales que no participan en una moralidad común, sino que como sociedad debemos de respetar ciertos principios que de sobrepasarse, estaríamos actuando de una manera no ética, no se podría aseverar que un acto es ético condicionado al principio del permiso, y menos en el tema de reproducción asistida, donde se afecta a terceras posibles personas que no tienen culpa alguna de las decisiones que sus progenitores tomen.

Entre otros principios que se respetan actualmente en bioética destacan el de beneficencia, tal principio se manifiesta en la convicción ética de que las personas estériles que a consecuencia de su problema, sufren “dolor” (no sólo físico sino emocional) deben ser atendidas mediante la técnica, a fin de ser padres o madres. Tal principio de beneficencia, también como señala Javier Gafo en la obra antes mencionada de la cual forma parte, está presente al proteger al nuevo ser, así se admite el recurso dice este autor, a las llamadas técnicas heterólogas, para evitar mediante la donación de gametos, la transmisión de enfermedades hereditarias. “...Igualmente está presente el principio de beneficencia en relación con el nuevo ser, en la determinación de que la beneficiaria de la procreación asistida es la pareja heterosexual -tanto jurídicamente casada, como la que vive en una situación equiparable a la del matrimonio- con la excepción, notable y sumamente discutible, de la ley española que prima en este punto al principio de autonomía de la mujer sobre el de beneficencia, centrado en el bien del niño, que queda potenciado con la presencia de una pareja heterosexual en su ámbito más próximo.”³⁸

Por lo que se refiere al principio de no-maleficencia, aunque su delimitación con el de beneficencia no siempre es nítida, está recogido en la restricción del recurso a la procreación asistida a las mujeres que, como dice la

³⁸ Ibidem p. 191.

ley española, se encuentren en buen estado de salud físico y psicológico, y en la serie de estudios que se realizan a los donantes de gametos, para evitar que puedan transmitir una enfermedad hereditaria o en su caso el VIH.

Otro principio que también es conocido es el de justicia, el cual "...está presente en la restricción del recurso a la tecnología reproductora únicamente a las razones terapéuticas y en el rechazo de su utilización por razones eugénicas o de elección personal." ³⁹

Este principio, también está presente, cuando se prohíbe el comercio de gametos y de embriones condicionando su transferencia a la donación de los mismos. En este orden de ideas, es obvio que una ética como la que ya explicamos y como bien señala Javier Gafo, basada en el permiso, no tendría reparo para aceptar transacciones comerciales de embriones y gametos, siempre que exista el permiso de los participantes.

Ahora bien, en cuanto a lo ya establecido podemos concluir:

1.-Que la fecundación post-mortem si tomamos como base el criterio de la autonomía antes señalado, (y con el cual no estamos del todo de acuerdo, pues consideramos se deben respetar otros principios como el de beneficencia y el de justicia, y no sólo dejar lo ético en función al permiso otorgado), siempre que exista el permiso de las personas que en ella intervengan, será ética. Sin embargo, adoptando la postura del respeto a los principios de justicia, beneficencia, y no maleficencia, seguidos por la mayoría de las legislaciones que regulan la técnicas de reproducción asistida para determinar o no la ética del tema en estudio, consideramos sería una práctica no ética, porque se violaría el principio de justicia en el sentido de que sería injusto, traer al mundo a un hijo sin padre premeditando tal situación. Sin embargo, pese a lo anterior si

³⁹ Ibidem p. 192.

bien la figura de la fecundación post-mortem no es ética, consideramos que sería aun más injusto que una vez realizado el nacimiento de un hijo vía fecundación post-mortem de su padre, la ley de la materia lo trate de manera desigual desde su concepción, en comparación al trato que la legislación brinda en materia de filiación, parentesco, alimentos y derechos sucesorios a aquellos hijos cuyos progenitores se encuentran vivos discriminando al concebido y después nacido post-mortem.

En este orden de ideas, si bien es cierto que la figura de la fecundación post-mortem puede ser no ética, su regulación en el ordenamiento jurídico citado si es un acto ético y necesario, ya que tal regulación se haría con el único objetivo de proteger jurídicamente al concebido y después nacido post-mortem de su padre, previniendo su nacimiento, y respetándole todos los derechos que derivados de su filiación paterna le corresponderían. De esta forma no se le daría un trato desigual y discriminatorio al hijo “superpóstumo”, puesto que se le respetarían todos los derechos inherentes que debido a la filiación en comento le corresponderían, lo cual consideramos es justo.

2.-No es ética la práctica de la fecundación post-mortem, pues en algunos casos en los que la cónyuge supérstite o concubina de la pareja, no padezca de ningún tipo de esterilidad, violaría el principio de beneficencia que en reproducción asistida se traduce entre otras cosas en remediar tal padecimiento, mediante dichas técnicas.

Sin embargo, y pese a que no consideramos ética dicha figura por las razones expuestas, y de continuar el ordenamiento jurídico invocado como actualmente se encuentra nos preguntamos: ¿Qué hacer ante el caso dado?, ¿Cómo proteger al menor nacido por este medio y que no tiene culpa alguna de las decisiones tomadas por sus padres?, ¿Basta el argumento de la falta de ética de la figura en estudio para ignorar que es posible su realización

científica?, ¿Basta el referido argumento para ignorar que un evento de tal naturaleza puede presentarse, naciendo como consecuencia un ser indefenso, para dejarlo sin la debida protección legal?, ¿No es aún más injusto, tratar de un modo desigual ante la ley por una falta de regulación jurídica del tema en cuestión, a un ser humano que nacerá y vivirá sin la asistencia de su padre biológico, privándole también de los derechos que por concepto de su filiación paterna le corresponderían?.

Preguntas, a las que en su momento oportuno trataremos de dar respuesta.

1.6 Aspectos psicológicos de la fecundación post-mortem.

Por lo que se refiere a este punto, es importante aclarar desde un principio que no se ha escrito mucho respecto al tema ya que la doctrina se dedica a hablar en términos generales de las consecuencias psicológicas originadas por la práctica de técnicas de fecundación asistida en general, o bien de los estragos que la esterilidad deja en las parejas que en algún momento de su vida padecen su calvario, más no de las consecuencias que la fecundación post-mortem podría ocasionar, tanto en el hijo concebido mediante ésta, o bien en la mujer que se la llegase a practicar. Esto es en gran medida porque a la fecha no se ha dado concretamente dicha figura, de ahí que no se ha podido realizar el estudio de un niño concebido en estos términos, sin embargo, han existido intentos por parte de mujeres viudas de llevar a cabo una fecundación post-mortem, y el caso más conocido es el que ha continuación narraremos:

El primer caso conocido de “autorización” para llevar a cabo una fecundación post-mortem, lo encontramos en Francia en donde por sentencia del tribunal de Creteil del 1 de agosto de 1984 se concedió el derecho a ser inseminada con esperma de su marido muerto; a la viuda francesa Corinne

Parpalaix, de 23 años de edad. Tal noticia fue dada a conocer según el autor Martínez Calcerrada Luis, a través del diario "El país" el 2 de agosto de 1984. A continuación presentamos un fragmento de dicha noticia transcrita en la obra: "La Nueva Inseminación Artificial: Estudio Ley del 22 de noviembre", página 78 del comentado autor: "El presidente del tribunal, que pasará a la historia de la jurisprudencia francesa, Alfred Daussy, parece ser que relegó todos los problemas que plantea este caso de inseminación *post mortem* y dio más peso a los argumentos humanos y al vacío jurídico que el recurso de Corinne ha dejado espectacularmente descubierto.

Una historia de amor-Esta historia empezó desde hecho en 1981, cuando Corinne contable en la prefectura de Marsella, y Alain Parpalaix, inspector de policía (ahora Corinne también hace oposiciones para llegar a inspector del cuerpo), se conocieron y, repentinamente, empezaron a amarse como locos, según ella proclama públicamente. Un mes después, el drama empezó a cercarlos, cuando se descubrió que Parpalaix padecía un cáncer de testículos << A partir de entonces vivimos a cien kilómetros por hora>>, declaró Corinne a El País, aunque aseguró que ella nunca llegó a creer que su novio moriría. Tras varias operaciones, un médico le aconsejó a Parpalaix que depositara su esperma en un centro adecuado, pues aunque su salud mejorara corría el riesgo de quedar estéril. El pasado mes de diciembre los médicos anunciaron a padres y a Corinne que la muerte del inspector de policía era inminente. Corinne y el que aun era su novio decidieron casarse inmediatamente en el hospital. El falleció 48 horas después. Así empezó el calvario de la mujer que deseaba tener un hijo de su hombre muerto. Para ello necesitaba ser inseminada con el esperma que su marido había depositado en el CECOS, pero este organismo se negó en redondo. Corinne recurrió al Ministerio de la Salud, que alegó falta de una legislación adecuada, y le aconsejó paciencia, que no le duró mucho. Corinne comprendió que como ya le había ocurrido a otra joven en su mismo caso, hace algunos meses, en la ciudad de Caen, el vacío jurídico

permitía a las autoridades oficiales dar largas en cada ocasión que ella reclamara el esperma. Fue entonces cuando decidió hacer lo que no había hecho nadie: recurrir a la justicia.

Abogado celebre.-Defendida por uno de los abogados más célebres del país, Paul Lombard, Corinne ha continuado viviendo durante los últimos dos meses <<el gran amor de mi vida>>, pero en la escena pública y con el recuerdo de lo que fue un hombre vivo...Y el tribunal de Creteil, después de dos sesiones en las últimas semanas, le dio ayer la razón al ordenar textualmente <<la restitución del esperma>>.- Puede decirse que los juristas de Francia revolucionaron ayer la normativa civil de ese país al autorizar a Corinne a usar el esperma de un cadáver. De lo que se trata ahora es de alinear el derecho con los descubrimientos de la ciencia.- Los problemas legales ya se plantean en cascada: ¿quien podrá hacer uso del esperma de un hombre muerto?, ¿cuánto tiempo deberá pasar después de la muerte para poder hacer la inseminación?...Hasta la fecha viven en Francia alrededor de 10.000 hijos procreados por inseminación artificial, y se calcula que existen varias decenas de casos como el de Corinne.”⁴⁰

Cabe resaltar que pese a que Corinne Parpalaix se hizo inseminar con el esperma de su marido, dado la insuficiencia del mismo, no obtuvo el resultado que esperaba. Por lo que se refiere a la Sentencia se crítica “...el tribunal se abstuvo de fallar sobre el fondo: únicamente se pronunció a favor de la restitución del esperma congelado y no sobre los problemas de filiación relacionados con la criatura que podría nacer...”⁴¹

En este orden de ideas, y pese a no existir estudios psicológicos más amplios respecto al tema que estamos tratando, un especialista del Centro de

⁴⁰ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Op. cit. p.78.

⁴¹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito.”La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Astrea. Argentina. 1990. p. 96.

conservación de esperma del hospital de Kremlin-Bicetre manifiesta, "...que este pedido se realiza esencialmente para reemplazar al ser amado y que este afán se atenúa con el paso del tiempo ".⁴²

Criterio que no esta muy alejado, de lo declarado por Corinne, después de fracasar en su intento:

"Pierdo a Alain por segunda vez... ese hijo que debía llevar en mí era Alain... buscaba un segundo Alain".

De tal forma, coincidentemente con lo antes dicho el autor Robert Clarke citado por Soto Lamadrid, respecto del actuar de Corinne establece que: "...Su verdadera motivación, pues-dice Clarke-, era hacer revivir a su marido muerto a través de ese hijo póstumo..."⁴³ por un lado y por el otro devolverle a su hijo a sus suegros. Señala también el citado especialista que lo que quería Corinne era un hijo varón, ni hablar de una hija. Es decir, ese niño estaba destinado a llenar un vacío en el corazón de la joven y en el de sus suegros.

Por ello se cuestiona Clarke ¿Cuál hubiera sido el destino psicológico de esa criatura, traída al mundo de una manera y en un clima tan peculiar?, incógnita que aún no es resuelta, así como tampoco podemos saber a ciencia cierta cuales son las consecuencias psicológicas de la fecundación post-mortem tanto en la madre como en el hijo en sí, ya que a la fecha todo ha quedado en intentos fallidos, pero la idea de llevar a cabo dicha figura es sin duda alguna una posibilidad real. Actualmente con casos como el de Corinne, únicamente se ha podido inferir que, probablemente el motivo que impulse a la mujer a querer tener un hijo de su fallecida pareja y por tanto a practicarse una

⁴² Ídem.

⁴³ CLARKE, Robert. Los hijos de la ciencia. Citado por SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. cit. pp. 96 y 97.

fecundación post- mortem, es el vacío existente por la muerte de su marido y la sustitución de este en el hijo deseado.

Sin embargo, no se puede concluir que tal vacío, sea la constante en los futuros casos que puedan presentarse. Se requiere de un estudio más amplio con personas que deseen dicha fecundación para poder llegar a una verdadera conclusión

1.7 Permisividad y rechazo de la fecundación post-mortem.

Con respecto a las opiniones emitidas por diversos doctrinarios en cuanto a la permisividad o rechazo de la figura en estudio, podemos señalar lo siguiente:

1.7.1 Opiniones contrarias.

Los argumentos que establecen los doctrinarios partidarios de esta corriente se pueden resumir en dos:

- Sostienen que de permitirse la realización de la fecundación post-mortem se cometería por parte de la mujer viuda la ilicitud de traer al mundo a un hijo sin padre.

Tal argumento, lo explican señalando que por este medio se programa de antemano el nacimiento de un hijo que vendrá al mundo a vivir en un hogar sin padre, a semejanza de lo que ocurre con la figura del hijo póstumo. Sin embargo, con la gran diferencia que en este último caso no se eligió deliberadamente tal situación, puesto que, por circunstancias ajenas a la voluntad de alguien el padre fallece antes del nacimiento de su hijo, pero con posterioridad a su concepción. En tanto que en la post-mortem le están

atribuyendo dicha concepción a un padre que ya no existe al momento de llevarla a cabo.

Señalan además que de permitirse dicha fecundación se estaría condenando al hijo nacido por este medio a luchar con desventaja en este mundo con respecto a los hijos nacidos en hogares con padre y madre vivos, situación que señalan es injusta, porque: "...No se puede instrumentalizar al hijo como simple medio subordinado a los intereses personales..."⁴⁴

Respecto a este argumento, creemos importante señalar, que efectivamente a simple vista resulta por supuesto injusto que por decisiones tomadas por los padres se le prive a un hijo de contar con la figura paterna correspondiente. Sin embargo, no sólo mediante la figura de la fecundación post-mortem podría suceder tal situación, ya que basta con observar nuestro entorno para ver la cantidad de hogares sin padre, que actualmente existen, incluso no necesariamente porque hubiese fallecido el progenitor, sino por el abandono que padres irresponsables realizan de sus hijos, lo que es más común por desgracia en nuestra sociedad, tan es así que incluso el concepto tradicional de familia ha cambiado y se ha ajustado a la realidad que desafortunadamente vivimos, prueba de ello es lo señalado por el maestro Manuel F. Chávez Asencio al hacer una clasificación de los diversos tipos de familia que actualmente existen, así hace referencia a las denominadas familias uniparentales: "...Con este término califico las familias que se constituyen o que se componen de un solo padre, de las cuales señalo las siguientes: Las familias constituidas por madre soltera, que son abundantes en nuestra patria y que en la época actual parece no ser motivo de rechazo por una sociedad permisiva. La constituida por padres o madres abandonados;..."⁴⁵

⁴⁴ GUERRA FLECHA, José María. et. al. Op. cit. p. 146.

⁴⁵ CHAVÉZ ASECIO, Manuel F. La familia en el derecho. "Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares". Quinta edición. Porrúa. México. 1999. pp. 227 y 228.

En este orden de ideas, como podemos observar de lo antes dicho, es cierto que un hijo producto de la fecundación post-mortem carecería al venir al mundo de su padre biológico. Sin embargo, el que se encuentre en desventaja con respecto de otros hijos nacidos que cuenten con padre y madre vivos, a nuestro parecer no siempre es así, ya que: ¿Cuántos hogares existen con ambos progenitores que infringen violencia contra sus propios hijos llenándolos de resentimientos y traumas psicológicos?, ¿Cuántos padres son irresponsables en cuanto a sus obligaciones con respecto a sus hijos pese a que viven en la misma casa?, ¿Cuántos padres abandonan a su suerte a sus hijos?; demasiados y los hijos nacidos de padres como los descritos, creemos no cuentan con ventaja alguna sobre un hijo que si bien es cierto, vendría al mundo en un hogar sin padre, y que por supuesto el vacío de la figura paterna nada ni nadie lo podría llenar, a cambio de esto, estaría cuidado por su madre, pues ésta e incluso su padre hubiesen deliberadamente planeado en estas condiciones su nacimiento, con pleno uso de conciencia de lo que sería traerlo al mundo, (a diferencia tal vez de los hijos nacidos en los hogares descritos, que no han sido ni siquiera planeados y mucho menos deseados), optando por la fecundación post-mortem por los motivos que ellos considerarían prudentes, y que son respetables. Más aún, si como lo mencionan los autores que rechazan la fecundación post-mortem si un hijo nacido de esta práctica al llegar al mundo va a estar en desventaja con respecto de otros hijos con progenitores vivos (lo que consideramos no siempre es así, por las razones expuestas), ¿por qué ponerlo en una situación real de desventaja ante la ley, al no regular su posible nacimiento como actualmente sucede?, y aquí si enfrentarlo a un mundo en el que estaría siendo discriminado al no poder llevar el apellido de su padre biológico, de no contar con lazo de parentesco alguno con la familia de su padre, pese a que en la realidad tenga el parentesco consanguíneo, sólo porque la ley ignora su existencia por las razones que se deseen.

¿Cuál es la solución que propondrían los detractores de la post-mortem, ante el caso dado? , ¿La prohibición incluso de carácter penal para que no se lleve a cabo ésta práctica?, y si se tipificara el delito ¿Qué harían con el hijo que es totalmente ajeno a las decisiones tomadas por sus padres?, ¿Desaparecerlo, ignorar su existencia y hacer que nunca nació? ¿Es justo que se le prive de los derechos inherentes que por su filiación paterna le corresponderían?.

A nuestro parecer, el argumento citado con anterioridad contra la figura en estudio, deja de tener plena validez ante el caso dado.

- La fecundación post-mortem no puede ser admitida ya que las técnicas de reproducción asistida constituyen exclusivamente una técnica terapéutica.

Sin embargo, tal situación parece haberse salido de control, puesto que como se verá en su momento incluso nuestra legislación en materia de reproducción asistida señala lo mismo, en la práctica está latente la posibilidad de que aun ilícitamente las técnicas descritas puedan emplearse como modo ordinario y no sólo terapéutico para la procreación de un hijo. Situación es cierto no deseable pero real, y el problema existente es que de emplearse ilícitamente con fines no terapéuticos el resultado sigue siendo el nacimiento de un hijo que en el caso de la post-mortem pese a ser inocente de la forma en que sus padres decidieron traerlo al mundo, al no estar contemplado por la ley su nacimiento, se le estaría privando injustamente ya no sólo de contar con un padre, sino además de los derechos inherentes a su filiación paterna, siendo tratado con desigualdad y desventaja frente a otros menores por el Código Civil para el Distrito Federal.

El conflicto que se presenta ante tal situación es que si su concepción y después su nacimiento tuvieron su origen en prácticas ilegales, ante el caso

dado no queda consideramos solución más viable que reglamentar tal situación y proteger al menor que en nada tiene la culpa de las decisiones tomadas por sus padres, pues de ignorarse su nacimiento se estaría castigando injustamente a éste último incluso por la misma ley por las razones expuestas, además ante el caso dado debemos estar conscientes de que no podemos retrotraer las cosas al estado en que se encontraban y mucho menos pensar en matar al hijo concebido o nacido, pues sería mucho peor tratar de evitar o sancionar un ilícito, cometiendo un delito.

Una vez expuestos los dos argumentos más sugeridos por la doctrina en contra de la figura en estudio, a continuación enunciaremos las opiniones a favor.

1.7.2 Opiniones favorables.

Respecto a este punto todos los argumentos a favor de la fecundación post-mortem, expuestos por la doctrina tienen una característica en común:

“Que el varón de la pareja hubiese dado su consentimiento para que con su material reproductor su esposa o concubina se practique una fecundación post-mortem mediante el empleo de técnicas de fecundación asistida”.

Sin tal consentimiento ningún doctrinario está a favor de llevar a la práctica dicha figura. Y como es de esperarse las opiniones favorables respecto al tema en cuestión son mayoritariamente señaladas por autores españoles, (ya que como se verá en líneas posteriores la legislación española contempla y permite la figura en estudio), quienes más que establecer criterios generales del porque debe permitirse la fecundación en comento, manifiestan argumentos del porque no es inconstitucional, según la legislación española.

Como lo establecimos al tratar las opiniones en contra de la fecundación post-mortem quedó claro, que uno de los principales argumentos vertidos es la ilicitud que comete la viuda de traer al mundo a un hijo sin padre. Argumento, que opositores españoles de la fecundación post-mortem sostienen tiene su sustento en el artículo 39 de la Constitución española, que a la letra dice:

“Artículo 39.

1.-Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2.-Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitara la investigación de la paternidad.

3.-Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4.-Los niños gozaran de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.⁴⁶

A lo que los partidarios de la figura en estudio, responden que para ellos, de la interpretación del precepto legal antes citado, no se puede inferir que la legislación española señale que las obligaciones contenidas en el mismo, serán necesariamente para ambos progenitores, padre y madre vivos. Sino que las mismas recaerán en el progenitor que a la fecha de cumplirlas subsista, pudiendo ser ambos o tan sólo uno de ellos, de tal suerte que la figura de la

⁴⁶ http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_1_cap_3.htm

fecundación post-mortem sí cumple con lo ordenado por la Constitución española, según los partidarios de este medio de reproducción.

En este orden de ideas, los citados doctrinarios españoles partidarios de la figura en estudio, igualmente expresan argumentos para contrarrestar la postura antes enunciada respecto a que de permitirse la fecundación post-mortem se impediría la existencia de un padre que asuma las obligaciones contempladas en el artículo en comento, ya que argumentan que este precepto en su apartado tres, no contempla modelo alguno de familia expresamente ya sea biparental o monoparental, sino que sienta el principio general de que **“...los adultos deben responsabilizarse materialmente de los menores a su cargo”**. Por tanto señalan, no existe ilicitud alguna por parte de la mujer que trae al mundo a un hijo mediante la citada fecundación.

Argumento que simpatizantes españoles de la fecundación post-mortem señalan tiene su sustento igualmente en el artículo 39 de la Constitución Española ya transcrito.

Otro argumento que en general doctrinarios (como Carcaba Fernández M.) partidarios de la post-mortem establecen para su permisión es el referente a que de existir conflicto de intereses entre el de la mujer al libre desarrollo de la personalidad y el del futuro concebido a tener padre y madre, prevalece el derecho de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, ya que la existencia de este derecho, no ofrece dudas, mientras que el derecho a tener padre y madre, sí y que, aún admitiendo la existencia del último derecho, no se encontraría frente a ningún titular del mismo, ya que se estaría ante un no concebido.

Una vez expuestos los argumentos que sostienen las dos posiciones en torno a la figura de la fecundación post-mortem, es importante señalar que

incluso autores que dan argumentos para su prohibición se preguntan ¿Qué hacer ante el caso dado?, y es frecuente la lectura de expresiones como las siguientes: “... es bueno recordar que cualquier prohibición administrativa - jamás penal- o toda restricción civilista al uso de esta técnica, constituye un discurso que, por muy coherente que resulte, pierde toda su validez cuando el nacimiento se produce. Entonces, lo que resultará cuestionado, no será la decisión arbitraria de la madre que condenó a su hijo a la orfandad por razones sentimentales- por muy respetables que éstas sean- sino la regresión legislativa, la grave inmoralidad por parte del Estado, de tratar como desiguales a los hijos nacidos de esta técnica...”⁴⁷

“Reiteramos, aquí, que consideramos inadecuado y disvalioso que el derecho autorice la práctica de procreaciones *post mortem*. Pero indudablemente, ante el caso dado, debemos otorgar una filiación cierta de conformidad a la verdad biológica y también dar una solución a los eventuales problemas sucesorios.”⁴⁸

1.8 Regulación de la fecundación post-mortem en el derecho comparado.

Por lo que respecta a la regulación de la fecundación post-mortem en el derecho extranjero, cabe hacer hincapié en que muy pocos países hacen referencia expresa al tema que nos ocupa, ya sea prohibiéndolo o admitiéndolo, sin embargo, la tendencia de las legislaciones extranjeras casi es uniforme al prohibir implícitamente la figura en estudio. A continuación haremos un breve apunte de derecho comparado, estudiando la legislación referente a las técnicas de reproducción asistida de aquellos países en los que implícita o expresamente está prohibida este tipo de fecundación.

⁴⁷ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Op. cit. p. 105.

⁴⁸ LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. Op. cit. p. 335.

1.8.1 Ley Sueca sobre la Inseminación Artificial del 20 de diciembre de 1984.

“Art.2. La inseminación sólo se podrá realizar cuando la mujer esté casada o cohabite con un hombre en condiciones semejantes al matrimonio, siendo indispensable en todo caso el consentimiento escrito del marido o del compañero.”⁴⁹

En este orden de ideas, dado que la muerte de uno de los cónyuges pone fin al matrimonio, la viuda ya no reúne el primer requisito de estar casada como lo ordena el precepto transcrito, y mucho menos acata el segundo pues con la muerte del varón de la pareja, la mujer no cohabita con éste último al momento de practicarse la inseminación. De tal suerte, no podría llevarse a cabo en Suecia una fecundación post-mortem legalmente posible puesto que recordemos que uno de los elementos de esta figura es que el marido o varón de la pareja haya fallecido antes de la concepción del hijo, si se trata de una I.A. (inseminación artificial) o antes de la implantación del embrión en su esposa o mujer, si se trata de una FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones).

1.8.2 Ley Inglesa de 1 de noviembre de 1990.

Esta ley en su párrafo 28.6 dispone:

“<< Si el espermatozoides de un hombre o el embrión generado con un espermatozoides fuere utilizado después de su fallecimiento, no podrá dicha persona ser considerada como el padre del niño>>”⁵⁰

⁴⁹ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Op. cit. p. 164.

⁵⁰ GUERRA FLECHA, José María. et. al. Op. cit. p. 147.

Tal precepto inglés, a nuestro parecer no hace una prohibición expresa de la fecundación post-mortem, sin embargo, trata de evitar su realización de manera implícita al determinar que de llevarse a cabo no habrá relación filial alguna entre el difunto padre y el hijo nacido por este medio, no teniendo por consiguiente este último los derechos inherentes que de la filiación paterna le corresponderían.

1.8.3. Ley Alemana de Protección al Embrión del 13 diciembre de 1990.

Esta ley en su artículo 4 establece lo siguiente:

Art.4.- Fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post-mortem.

1. Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa quien:

- 1) Procediera a fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo esperma fué utilizado, hubieran dado su consentimiento.
- 2) Procediera a transferir un embrión a una mujer sin su consentimiento.
- 3) **Fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido, con conocimiento de causa.**

2. No será sancionada en el supuesto del párrafo 1, inciso 3, la mujer en la cual se efectuara la fecundación artificial.

Es decir, esta legislación prohíbe expresamente la figura de la fecundación post-mortem, y contempla el tipo penal antes señalado

considerándola con ello incluso como delito. Es de resaltar que la mujer a quien se le practique tal fecundación, no será sancionada, pero al parecer el profesional médico que la realice sí. Sin embargo, en nuestra opinión no nos parece que la ley alemana considere la conducta descrita en el precepto invocado como grave, dada la penalidad que impone y sobre todo porque al parecer ésta puede ser conmutada por una sanción económica.

1.8.4 Ley Francesa 94.654

La ley francesa 94.654 en la redacción dada por su artículo 8 al artículo 152.2 del Código de la Salud Pública prescribe: Se señala como ámbito de aplicación de estas técnicas al hombre y la mujer que formen la pareja quienes deberán estar vivos, en edad de procrear, casados o en situación de poder acreditar una vida en común de al menos dos años y consentir plenamente la transferencia de embriones o la inseminación.

Tal parece, de la lectura del precepto en cita que implícitamente en el país galo está prohibida la fecundación post-mortem al delimitar el ámbito de aplicación de técnicas de reproducción asistida únicamente a parejas cuyos miembros se encuentren vivos. Sin embargo, no olvidemos que fué en Francia donde se autorizó el caso más conocido de éste tipo de fecundación mediante sentencia del Tribunal de Creteil de 1 de Agosto de 1984 en donde se le reconoce (como se transcribió en su momento) el derecho de una mujer viuda Corinne Parpalaix a ser inseminada con el semen de su marido premuerto que se hallaba congelado y depositado en el C.E.C.O.S. (Centro de Estudio y Conservación del Semen).

“La singularidad de esta decisión radica en que aparte de ser revolucionaria, por lo novedosa, se inclina a favor de tal I.A., incluso en un evento *post mortem* en donde no existía la voluntad plasmada en testamento,

por lo general, del esposo premuerto para dicha inseminación atributiva, pues, de su paternidad, y que el Tribunal preconstituyó por las otras pruebas indiciarias de esa voluntad.”⁵¹

En este orden de ideas, cabe señalar que si bien es cierto que la legislación francesa prohíbe la fecundación post-mortem nos parece importante comentar que el Parlamento francés ha comenzado a debatir su legislación sobre bioética, tocando entre otros puntos la posibilidad de autorizar la implantación de un embrión, en el marco de un proceso de fecundación in vitro, tras el fallecimiento del padre, aunque al parecer la principal duda que se tiene al respecto es si debe constar o no que el padre hubiese otorgado su consentimiento obviamente antes de fallecer. Tal información, fue dada a conocer en el periódico “El País” (España), el 16 de enero de 2002.

Esta posición que tomaría el Parlamento francés (de llegarse a legislar en este sentido) respecto al tema de la fecundación post-mortem nos resulta interesante pues sólo contemplaría tal fecundación producto de una FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) no así si se tratase de inseminación artificial, tal vez tal criterio sigue esta pauta dado que como ya se expuso en líneas anteriores, la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones), es un proceso que tiene diversas etapas y una de ellas es precisamente la implantación del embrión, de tal suerte que tal vez pareciera lógico que si el varón de la pareja, junto con su mujer decidieron practicarse una FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) y en el transcurso de ésta el varón muere antes de que se complete el procedimiento es decir, antes de haberse implantado el embrión fecundado en el recipiente de cristal con su material reproductor en el útero de su mujer, la pregunta es: ¿Debería continuarse con el procedimiento? o ¿Debería frenarse éste por el simple

⁵¹ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Op. cit. p. 158.

fallecimiento del varón?, interrogante que igualmente parece que aqueja a los parlamentarios franceses.

1.8.5 Ley Noruega de 5 de agosto de 1994.

Esta ley limita el ámbito de tratamiento de estas técnicas de reproducción asistida a la mujer casada o que conviva con un hombre en una relación estable equiparable al matrimonio.

Consideramos que esta ley igualmente que la francesa, implícitamente excluye la fecundación post- mortem.

1.8.6. Ley Italiana de Fecundación Asistida.

Esta ley relativamente de reciente creación (pues fué aprobada por el senado italiano el 11 de diciembre del año dos mil tres) es la primera regulación de la materia en el citado país. Tal cuerpo normativo reserva las técnicas de fecundación asistida a parejas casadas o convivientes estables, por tal motivo al limitar de esta manera el ámbito de aplicación de las técnicas señaladas prohíbe implícitamente la fecundación post-mortem.

1.8.7 España. Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Esta ley española del 22 de noviembre de 1988, merece comentario especial por nuestra parte, al ser la primera legislación que regula expresamente la figura de la fecundación post-mortem en los apartados 2º y 3º de su artículo 9.

Por lo que se refiere al artículo 9.1 de esta ley, señala que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica

alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida que la misma ley prevé, y el marido fallecido, cuando la mujer no se encuentre embarazada a la fecha de la muerte del varón, (es decir, en el caso de que se actualice una fecundación post-mortem no se reconocerá ningún tipo de filiación entre el hijo y su fallecido padre). En este orden de ideas, en un principio la ley para entablar la filiación paterna con respecto del hijo nacido sólo la establece cuando se trate de la figura del hijo póstumo, y no ante el “superpóstumo” que es el nacido vía fecundación post-mortem.

Sin embargo, en el artículo 9.2 de la citada ley, si se admite la fecundación post-mortem, e incluso se reconoce que el hijo nacido mediante ésta, será considerado como hijo de matrimonio, contando con todos los derechos inherentes a este tipo de filiación, siempre y cuando se reúnan dos requisitos elementales: 1) Que el difunto marido hubiese consentido vía testamento o escritura pública, que su material reproductor fuese utilizado para fecundar a su mujer y 2) Que su material reproductor se utilizase dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento.

En tanto que el artículo 9.3 de la citada ley, señala que la posibilidad comentada, se hace extensiva al varón de una pareja que no se encuentre casada, sólo que el consentimiento expresado por los conductos enunciados en el artículo 9.2 servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil Español, sin perjuicio de la acción de reclamación de paternidad.

A continuación analizaremos cada uno de los supuestos normativos antes enunciados para una mejor comprensión.

Como vimos el artículo 9.1 señala que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido

por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida que la misma ley prevé, y el marido fallecido, cuando la mujer no se encuentre embarazada a la fecha de la muerte del varón, (es decir, en el caso de que se actualice una fecundación post-mortem no se reconocerá ningún tipo de filiación entre el hijo y su fallecido padre). En este orden de ideas, en un principio la ley para entablar la filiación paterna con respecto del hijo nacido sólo la establece cuando se trate de la figura del hijo póstumo, y no ante el “superpóstumo” que es el nacido vía fecundación post-mortem.

Al parecer, de la lectura del citado precepto el legislador español de entrada no prohíbe la fecundación post-mortem, pero implícitamente la trata de evitar, imponiendo una consecuencia “fatal”, para el hijo nacido por esta vía: Se le desconoce su filiación paterna, pese a que se trate de su padre biológico.

“Por tanto, el hijo tendrá la filiación no matrimonial de la madre y será hijo de padre desconocido, ya que no puede establecerse ninguna relación jurídica entre éste y la criatura que nace. Se equipara la situación a la fecundación de mujer sola con donante, aunque en esta situación se conozca la identidad del hombre de quien provienen los gametos.

Lo cierto es que si la criatura se encuentra en el útero materno cuando muere su padre estamos frente a un hijo póstumo, al cual se le aplican las normas correspondientes a la filiación natural. El hijo tendrá la filiación matrimonial, puesto que sus padres estaban casados cuando fue concebido y se le aplicará la presunción de paternidad del artículo 116, que presume hijos del marido a los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a sudisolución (sic).”⁵²

⁵² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p. 187.

Es decir, si este primer apartado exige para determinar la filiación paterna del hijo nacido después de la muerte de su padre que el material reproductor se halle en el útero de la mujer en la fecha de su muerte (concebido en el útero de la mujer antes de la muerte del marido y nacido con posterioridad a ésta), es claro que estamos ante la figura del hijo póstumo y no en la del hijo superpóstumo que es producto de la fecundación post- mortem, aplicándosele al primero la legislación correspondiente a la figura del hijo póstumo, no existiendo problema alguno para determinar su filiación paterna.

Ahora bien, es básicamente en los apartados 2° y 3° donde se admite la fecundación post-mortem, pero cumpliendo con ciertos requisitos.

El artículo 9.2. admite la fecundación post-mortem, e incluso se reconoce que el hijo nacido mediante ésta, será considerado como hijo de matrimonio, contando con todos los derechos inherentes a este tipo de filiación, siempre y cuando se reúnan dos requisitos elementales: 1) Que el difunto marido hubiese consentido vía testamento o escritura pública, que su material reproductor fuese utilizado para fecundar a su mujer y 2) Que su material reproductor se utilizase dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento.

De la lectura de este apartado se desprende, que la relación paterno-filial nace del consentimiento otorgado, sea por escritura pública o testamento, por el marido de la pareja para que se fecunde a su cónyuge, dentro del plazo de seis meses contado a partir de la fecha de su muerte. En este orden de ideas, la ley al hablar del material reproductor, se está refiriendo al semen del marido o varón de la pareja.

Cabe resaltar, que dentro de este apartado se habla básicamente acerca de la filiación matrimonial que tendrá el hijo nacido por este medio, si se reúnen

todos los requisitos señalados con anterioridad, de lo que podemos concluir que para que opere la filiación matrimonial se requiere:

- El consentimiento expreso del marido de la madre en escritura pública o testamento para que ésta última sea fecundada después de la muerte del esposo.
- Que la fecundación post-mortem se realice dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento.

De tal suerte que la ley ha equiparado al hijo superpóstumo, con el hijo matrimonial. “...Es una ficción de la propia Ley, puesto que en la fecundación *post mortem* no se da ninguno de los supuestos exigidos por los artículos 108 a 116 del CC para calificar una determinada filiación como matrimonial.

Tanto la concepción como el nacimiento del hijo se producen cuando ya no hay matrimonio de los padres, conforme a lo establecido en el artículo 85 del CC, debido a que éste se ha disuelto por fallecimiento del marido. Además, supone una modificación del artículo 116 del CC al permitirse la utilización del material genético dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del marido. Con esto se sobrepasan ampliamente los trescientos días, que es el espacio de tiempo que estipula la presunción del artículo 116 del CC.”⁵³

Sin embargo, como ya se mencionó anteriormente, la ley en comento no sólo admite la figura en estudio únicamente para aquellas personas casadas, sino también para las que no sean casadas, dando por supuesto una filiación no matrimonial al hijo nacido de esta manera.

El artículo 9.3 señala que la posibilidad comentada, se hace extensiva al varón de una pareja que no se encuentre casada, sólo que el consentimiento

⁵³ Ibidem. p. 189.

expresado por los conductos enunciados en el artículo 9.2 servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil Español, sin perjuicio de la acción de reclamación de paternidad.

Es así como de la lectura del apartado antes citado se desprende que si la fecundación en estudio se le realiza a una mujer que hubiese formado pareja con el varón fallecido y éste hubiese manifestado su consentimiento en escritura pública o testamento, el hijo nacido de tal vía, contará con la filiación no matrimonial, y el escrito público al cual nos hemos referido, servirá para iniciar su expediente de inscripción de filiación no matrimonial, según el artículo 49 de la Ley del Registro Civil. A grandes rasgos este precepto señala:

Artículo 49. "...Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de primera instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1° Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozcan la filiación.

2° Cuando el hijo se halle en la posesión continúa del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3° Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo."

Formulada oposición, la inscripción de la filiación, sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario.

Con respecto a esta última parte del citado precepto, relacionándolo con la fecundación post-mortem, se critica que en realidad el documento público en donde el varón de la pareja fallecida otorga su consentimiento para que a su mujer se le practique dicha fecundación con su material reproductor después de su muerte tratándose de pareja no casada, no tiene fuerza determinante para acreditar la filiación paterna, puesto que si alguna de las personas mencionadas en el artículo citado se inconforma con la inscripción de hijo natural, ésta dejará de surtir sus efectos y sólo podrá obtenerse tal si se sigue el procedimiento ordinario que el artículo de la Ley del Registro Civil prevé.

Es así como la legislación española regula la figura en estudio. Sin embargo, consideramos un poco inadecuada tal regulación, ya que como se desprende del artículo 9.2 comentado, uno de los requisitos para que opere la filiación matrimonial a la que alude tal precepto, es que el material reproductor del varón se emplee para fecundar a su mujer supérstite, pero recordemos que para la figura en estudio, el varón pudo haberse muerto con posterioridad a la fusión de su espermatozoide con el óvulo de su mujer, es decir, de la fecundación, pues ésta en el caso de una FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones) ya pudo haber ocurrido en vida del varón y lo único que falta, ya con posterioridad a su muerte es la implantación del embrión en el útero materno y en una estricta interpretación del precepto citado, su material reproductor no sería utilizado para fecundar a su mujer, con lo cual no se podría practicar la figura en estudio, y de realizarse, no se producirían los efectos legales que de la filiación matrimonial se derivan.

Por lo que se refiere al tiempo que señala la ley española, para que se practique a la mujer la fecundación post-mortem, consideramos que es un lapso de tiempo muy corto, para tomar una decisión de tal magnitud, creemos que el lapso debería de ser mayor para que con el paso del tiempo la mujer pueda asimilar en la medida de lo posible la muerte de su esposo, o pareja fallecido, y

no tome una decisión precipitada, tan sólo por sentirse sola o por extrañar al difunto, sino con plena conciencia de que efectivamente ambos deseaban tal nacimiento. Ahora bien, nos parece importante que a diferencia de lo que señala el artículo 9.3, en caso de que un varón no unido en matrimonio quiera ejercer la facultad que hemos venido comentando la ejerza siempre que hubiese formado con su mujer una pareja estable, o lo que es conocido en nuestra legislación como concubinato, pues mediante éste también se tiene la idea de formar una familia con plena conciencia de ello, y no una pareja momentánea en la que la mujer pueda tomar una decisión de tal magnitud, por la premura del momento.

1.8.8 Argentina. Ley de Fertilidad Asistida.

Por lo que se refiere al continente americano, y en particular el país argentino, cuenta con una legislación que no favorece en nada a la figura en estudio. Esto es así porque la citada nación regula las técnicas de fecundación asistida mediante una ley a la cual el senado de aquel país otorgó media sanción el día 2 de julio de 1997. El proyecto de ley aprobado por los Senadores: Determina que la inseminación debe hacerse sólo de parejas casadas o que acrediten su convivencia por un período de por lo menos tres años. No permite la maternidad subrogada, y la inseminación de la viuda con espermatozoides del marido muerto.

Como vemos la citada ley sancionada medianamente hace una prohibición expresa de la fecundación post-mortem, por lo menos mediante la técnica de inseminación, sin embargo, no hace referencia alguna a la fecundación post-mortem derivada de la fecundación “in vitro” con transferencia de embriones.

1.9 La fecundación post-mortem y los derechos del niño.

Como se puede observar, el tema central que hemos venido desarrollando a lo largo de la presente investigación, se encuentra estrechamente vinculado con los niños, dada la posibilidad real de que se pueda llevar a cabo el nacimiento de un hijo producto de una fecundación post-mortem. Por ello creemos importante hacer mención de los derechos a que todo niño debe tener acceso, mismos que han sido consagrados en la Declaración de los Derechos del Niño emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en la ciudad de Nueva York, N. Y., el día veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve y aprobada en nuestro país por el Honorable Congreso de la Unión, el día diecinueve de junio del año de mil novecientos noventa, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día treinta y uno del mes de julio del próximo año, documentos que relacionaremos con el tema en estudio a continuación.

1.9.1 Declaración de los Derechos del Niño.

La Declaración en comento, reconoce entre otras cosas, **que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.** Así mismo, establece diversos principios en donde se le reconocen al niño ciertos derechos que deben según ésta Declaración de respetársele sin distinción alguna o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición.

Entre los principios más importantes contenidos en ésta Declaración, destacan entre otros, el principio número 2, que señala que el niño gozará de una protección especial y tendrá oportunidades y servicios que serán tutelados

por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse tanto física, mental, moral, espiritual y socialmente. Además, establece que los Estados, al promulgar leyes tendientes a proteger a los infantes, lo harán atendiendo al interés superior del niño. El principio 8, que señala que el menor en todas circunstancias debe figurar entre los primeros que reciban protección.

En este orden de ideas, también podemos mencionar el principio número 10 que establece que el niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole.

Una vez que hemos conocido el contenido de los principios más importantes a nuestro parecer de la Declaración antes señalada, es necesario hacer notar que algunos autores argumentan que de permitirse la fecundación post-mortem, se estarían violando los principios consagrados en la Declaración referida, principalmente donde se señala "...que: "el niño necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento". Al privársele en forma deliberada de la asistencia personal de uno de los progenitores, se le está infligiendo una especial forma de abandono, que va contra la protección que la Ley ha de reconocer a los niños, incluso antes de su nacimiento".⁵⁴

Opinión que no compartimos, ya que precisamente el principal objetivo que pretendemos al proponer la existencia de normas jurídicas que permitan la fecundación post-mortem, es asegurar al niño nacido por este medio, la debida protección legal para que tenga acceso a los derechos que le corresponden derivados de su filiación paterna. Por el contrario, de seguir las cosas como están, y de no contar con una reglamentación adecuada en torno a la figura en estudio en el momento en que dicha fecundación y posteriormente el

⁵⁴ CORRAL TALCIANI, H. La procreación artificial post mortem ante el derecho. Citado por GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. Op. cit. p.171.

nacimiento se lleven a cabo, si se estarían violentando entre otras cosas los principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño tales como: El principio número 2, (que como lo señalamos con anterioridad señala que el niño gozará de una protección especial y tendrá oportunidades y servicios que serán tutelados por la ley, y por otros medios, para que pueda desarrollarse tanto física, mental, moral, espiritual y socialmente. Además, establece que los Estados, al promulgar leyes tendientes a proteger a los infantes, lo harán atendiendo al interés superior del niño), ya que como lo explicaremos con detenimiento, de efectuarse un nacimiento post-mortem en estos momentos en nuestro país, particularmente en el Distrito Federal (situación que científicamente es posible de realizarse en cualquier momento) no estaría determinada desde su concepción la filiación paterna del hijo nacido y como consecuencia, el niño carecería de todos los derechos que le corresponderían derivados de tal filiación y se encontraría a todas luces desprotegido, sin mencionar la especial forma de discriminación que se le estaría infligiendo al niño nacido por este medio, al no ser tratado por la ley en un plano de igualdad en comparación con los demás infantes, tan sólo por las condiciones en que se llevó a cabo su nacimiento, violentando con ello igualmente la multicitada Declaración. Esto, pese a que quien lo hubiese engendrado efectivamente sea su padre biológico, dada la ausencia de legislación en la materia, y tampoco se cumpliría con lo preceptuado en la comentada Declaración al indicar que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.

Baste por el momento este pequeño comentario en torno a la figura en estudio y la Declaración de los Derechos del Niño. En el capítulo correspondiente del presente trabajo, explicaremos porque consideramos necesario regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal y porque, de no hacerlo entre otras consecuencias que se originarían

de darse un nacimiento por este medio, serían la violación a los principios antes citados claro está en perjuicio del menor traído al mundo en éstas circunstancias.

1.9.2. Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta Convención, de observancia obligatoria para nuestro país, en su parte introductoria tiene presente la Declaración de los Derechos del Niño antes comentada, y en consecuencia contiene algunos artículos que son de nuestro interés y que en su parte conducente señalan lo siguiente:

El artículo primero de tal convención, define al niño como todo ser humano que es menor de dieciocho años, a menos que la ley del Estado donde se encuentre, señale otra edad por virtud de la cual sea considerado antes de los dieciocho años, mayor de edad. Es importante comentar que en su artículo tercero, punto uno toma en cuenta el interés superior del niño (a semejanza de lo establecido por la Declaración de los Derechos del Niño antes enunciada) como principio rector, que deben observar todas las Instituciones ya sea públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, al dictar medidas concernientes a los niños.

En tanto que el mismo artículo tercero, pero en su punto número dos, hace referencia, a que los Estados partes están comprometidos a asegurar al niño toda la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, tomando en cuenta para ello, todos los derechos y obligaciones de sus padres u otras personas responsables de ellos ante la ley, tomando las medidas legislativas y administrativas adecuadas para garantizar al niño la citada protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar.

En este orden de ideas, el artículo 27 del documento en comento, en su punto número dos indica que es a los padres del niño a quienes les corresponde en proporción a sus medios económicos otorgar, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

En tanto que el citado artículo pero en su punto tercero, indica que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la obligación de proporcionársela al menor.

Por lo que respecta a la Convención enunciada, en su momento al igual que como lo señalamos al referirnos a la Declaración de los Derechos del Niño explicaremos porque a nuestra consideración de no reglamentarse la figura en estudio se estaría vulnerando esta reglamentación de carácter internacional.

1.10 Marco jurídico de las técnicas de reproducción asistida en México.

En el presente apartado, hablaremos del marco jurídico existente en nuestro país tendiente a regular las técnicas de reproducción asistida, ya que como se ha venido reiterando en el desarrollo de nuestra investigación dichas técnicas son indispensables para la realización de la figura en estudio denominada fecundación post-mortem. Por tanto, es imprescindible conocer qué tipo de técnicas se encuentran permitidas por nuestra legislación, cuáles son los requisitos que se deben de reunir para su acceso, entre otras cuestiones que son de nuestro interés.

1.10.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El fundamento constitucional para la realización de técnicas de reproducción asistida lo encontramos en el párrafo segundo artículo cuarto de nuestra Constitución, que en su parte conducente dice:

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

En este orden de ideas, también queremos resaltar lo establecido en los párrafos sexto, séptimo y octavo del precepto invocado, que en su parte conducente señalan:

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

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

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Por su parte, el artículo 73 de nuestra Carta Magna en su fracción XVI en lo conducente establece:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración

y salubridad general de la República.

La fracción transcrita del artículo constitucional señalado, es de interés en lo relativo a las técnicas de reproducción asistida, ya que como se verá a continuación este tema entra dentro del rubro de salubridad general del país.

1.10.2 Ley General de Salud.

Antes que nada, queremos establecer de antemano que nuestra Ley General de Salud, no hace una regulación directa y detallada de las técnicas de reproducción asistida que actualmente existen en nuestro país. Sin embargo, contiene preceptos de nuestro interés que a continuación comentaremos, por estar relacionados con tales técnicas.

La citada ley, en su artículo primero, del Título primero, denominado Disposiciones Generales en su Capítulo único, señala que éste ordenamiento jurídico reglamentará, el derecho que toda persona tiene a la protección de la salud, en términos del artículo 4° de nuestra Carta Magna, así mismo que establecerá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, además señala que sus disposiciones son de orden público e interés social y de aplicación en toda la República.

Por su parte, el artículo tercero del ordenamiento legal en cita, establece que es materia de salubridad general, y entre otras cosas señala que ésta comprende la planificación familiar. Detallando en su artículo 68 fracción cuarta que los servicios de planificación familiar abarcan, entre otras cosas el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana, temas que se

encuentran íntimamente relacionados con el objeto de estudio del presente trabajo.

Finalmente, el ordenamiento legal en cita, se refiere a las técnicas de reproducción asistida de manera expresa en su artículo 466, mismo que se encuentra ubicado en su Título Décimo octavo, denominado: Medidas de seguridad, sanciones y delitos, en su Capítulo VI llamado delitos. Tal artículo señala en su primer párrafo que a aquella persona, que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

En tanto, que en su segundo párrafo prohíbe claramente que la mujer casada, otorgue su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Ahora bien, es importante para el tema que nos ocupa, señalar en que momento un ser humano, acorde con nuestra Ley General de Salud pierde la vida, ya que si bien es cierto éste hecho no está relacionado directamente con las técnicas de reproducción asistida, por seguir un orden en el presente trabajo a continuación hablaremos de los preceptos que regulan tal situación.

El artículo 343 de la Ley General de Salud, ubicado en el Título Décimo Cuarto denominado: Donación, Transplantes y Pérdida de la vida, en su Capítulo IV llamado, Pérdida de la vida, nos señala cuando ocurre ésta última, sucediendo tal hecho cuando se presenta muerte cerebral, o se presenten signos de muerte como la ausencia completa y permanente de conciencia, la ausencia permanente de respiración espontánea, la ausencia de los reflejos del tallo cerebral y el paro cardiaco irreversible.

En tanto que el artículo 344 nos habla de cuando se presenta la muerte cerebral, misma que se da cuando estemos frente a los siguiente signos: Pérdida permanente e irreversible de conciencia y de respuesta a estímulos sensoriales, ausencia de automatismo respiratorio; y evidencia de daño irreversible del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Claro que se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas. Además nos indica que los signos antes mencionados, deberán corroborarse por cualquiera de las siguientes pruebas: Angiografía cerebral bilateral que demuestre ausencia de circulación cerebral o electroencefalograma que demuestre ausencia total de actividad eléctrica cerebral en dos ocasiones diferentes con espacio de cinco horas.

1.10.3 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

Por lo que toca a este cuerpo legal invocado, cabe señalar que el mismo regula de una manera más específica las técnicas de reproducción asistida, tal y como lo constataremos a continuación.

Es en el Título Segundo, denominado: “De los aspectos éticos de la investigación en seres humanos”, en su capítulo IV: “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”, donde encontramos preceptos legales de nuestro interés, tales como el artículo 40 que señala diversos conceptos entre los que destacan por ejemplo el concepto de embarazo, que al decir del reglamento citado es el

período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier síntoma o signo presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos, el de embrión que se define como el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación, el de feto, entendido éste según el ordenamiento jurídico citado como el producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción.

Mención aparte merece el concepto que la ley otorga de la denominada **fertilización asistida**, entendiendo por tal **aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro**. En este orden de ideas, es necesario resaltar que según la definición otorgada por nuestro reglamento en cuestión, en nuestro país únicamente se reconocen como medios para lograr la fertilización asistida dos técnicas de reproducción asistida que son por un lado, la inseminación artificial ya sea homóloga o heteróloga y la fertilización in vitro, y aunque la ley no lo establezca claramente hablamos de la FIVTE (fecundación in vitro con transferencia de embriones), pues en atención a lo ya indicado en el presente trabajo, al explicar como se llevan a cabo las técnicas de reproducción asistida, pudimos observar que la transferencia de embriones a la mujer es tan sólo una etapa de la técnica de reproducción asistida en cuestión, que de no darse, nunca se podría lograr el tan ansiado nacimiento del hijo al no contar el embrión con un lugar propicio en donde desarrollarse como lo es el seno materno, y no un recipiente de cristal en donde jamás se podría desarrollar, si no fuese transferido al cuerpo de la mujer.

Es de mencionarse además, que el reglamento en cuestión, habla acerca de la fertilización asistida, y no de la fecundación asistida, término que hemos venido manejando durante la presente investigación. Sin embargo, ambas

expresiones son sinónimas pues las dos hacen referencia a la “fusión del óvulo con el espermatozoide”.

Entrando de lleno a lo que propiamente nos interesa del reglamento en comento: La investigación en seres humanos, (pues dentro de ésta encontramos la fertilización asistida), el artículo 41 va sentando las bases que se deben de seguir para realizar la citada investigación, y entre otros requisitos menciona que se deberán de respetar las disposiciones generales de ética, así como cumplir con lo establecido por los artículos 42 al 56 del reglamento en cuestión.

En este orden de ideas, es el artículo 43 del cuerpo legal invocado el que ya expresamente entre otras cosas, nos habla de la **fertilización asistida** y de cuales son los requisitos para llevarla a cabo, mismos que podemos resumir en tan sólo uno: **“Se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo con 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.”** Sin embargo, tal precepto aclara que el consentimiento del cónyuge o concubinario puede ser dispensado en los siguientes casos: 1) En caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo, 2) Porque el concubinario no se haga cargo de la mujer y 3) Cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión feto o recién nacido.

En consecuencia es necesario comentar los artículos 21 y 22 a que hace referencia el precepto legal antes invocado, así como el 20 por ser de especial interés para nuestro trabajo. Tales preceptos se encuentran ubicados en el Título segundo, denominado: “De los aspectos éticos de la investigación en seres humanos”. Capítulo I disposiciones comunes, del Reglamento en comento.

Por lo que toca al artículo 20 éste nos proporciona la definición de lo que es el llamado “consentimiento informado”, mismo que define de la siguiente manera: **“Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.”**

Además, el artículo 21 nos establece ciertos requisitos que se deben de cumplir para que “el consentimiento informado”, se considere existente. Tales como que el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal reciba 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 prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento. Respecto de este punto, nos parece importante aclarar que creemos que en la práctica de una técnica de fertilización asistida, dicho

consentimiento, lo pude retirar cualquier miembro de la pareja hasta antes de que se lleve a cabo la inseminación artificial o la fecundación in vitro con transferencia de embriones, pues una vez realizados tales procedimientos son irreversibles.

- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando ;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación; y
- XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.

En virtud de lo anterior, es de hacer hincapié que para llevar a cabo cualquier técnica de reproducción (o fertilización asistida como lo llama nuestra legislación), con fundamento en el artículo comentado, independientemente de que se opte por la práctica de una fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE) o bien por una inseminación artificial ya sea homóloga o heteróloga (I.A.), que como hemos podido percatarnos son los dos métodos de reproducción asistida permitidos por nuestra legislación, es importante que la pareja que se va a someter a este tipo de técnicas, lo haga con pleno conocimiento de causa, para así, de manera consiente tomar la decisión que más le convenga.

Continuando con el “consentimiento informado”, es el artículo 22 el que nos indica como deberá formularse éste, siendo la forma escrita la exigida por el reglamento estudiado, y reuniendo los siguientes requisitos:

- I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo 21 y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
- II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;
- III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que estos 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 supiese 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.

En este orden de ideas, nos parece imprescindible comentar que no encontramos ninguna norma técnica emitida por la Secretaría de Salud, en torno a la materia de fertilización asistida que sienta otros requisitos que deban de cubrirse para manifestar el consentimiento informado. Además, es de resaltar que lo comentado respecto de los artículos enunciados, es aplicable no sólo a la fertilización asistida, sino que el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud también lo aplica a lo que denomina “la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia, y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos”, de ahí que no existan disposiciones que de manera expresa y detallada sólo se refieran a las técnicas de reproducción asistida.

Luego entonces, el cuerpo normativo en cuestión, en su artículo 56 es donde expresa y únicamente nos habla de la investigación sobre fertilización asistida, y nos limita su empleo única y exclusivamente cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, indicando además que se respetará el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, incluso si éste difiere con el del investigador.

1.10.4 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Por lo que se refiere a éste ordenamiento jurídico, cabe señalar que como lo enuncia en su artículo primero, tiene como objeto ayudar en la esfera administrativa al cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo que se refiere al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia, por ello contiene diversos preceptos de nuestro interés, por estar relacionados con el tema que nos ocupa. Cabe agregar que sus disposiciones son de orden público e interés social, y por ser materia federal es aplicable en todo nuestro país.

En su artículo cuarto, establece claramente que le corresponderá a la Secretaría de Salud, emitir las normas técnicas a que se sujetará, en todo el territorio nacional, la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos. Y como veremos más adelante dentro del término producto están comprendidas las células germinales (espermatozoides y óvulos), por ello pretendemos conocer la manera en que se encuentra regulada la forma de disponer tanto de las citadas células como de los embriones a que hace referencia éste artículo.

Cabe señalar que el artículo sexto ubicado en el Capítulo I denominado “Disposiciones Generales” de este reglamento, contiene diversos conceptos de nuestro interés tales como los siguientes:

Banco de órganos y tejidos, debiéndose entender por éste todo establecimiento autorizado que tenga como finalidad primordial la obtención de órganos y tejidos para su preservación y suministro terapéutico o bien el concepto de **Banco de sangre**, que según el cuerpo normativo en cuestión es el establecimiento autorizado para obtener, recolectar, analizar, fraccionar, conservar, aplicar y proveer sangre humana; así como para analizar, conservar, aplicar y proveer los componentes de la misma. Nos parece importante resaltar, que en ningún momento el artículo enunciado ni siquiera hace mención de la existencia de los llamados bancos de semen, que como ya vimos al estudiar las diversas técnicas de reproducción asistida que actualmente se realizan en nuestro país, tales bancos no sólo existen, sino que funcionan con regularidad.

Siguiendo con los conceptos que nos brinda el artículo comentado, podemos mencionar el de **cadáver**, entendiendo por éste el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida. Otro término que es de gran utilidad en la presente investigación y que es definido por el reglamento en cuestión es el de **destino final, que es la conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la Ley y éste Reglamento, de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos.**

Ahora bien, deseamos hacer hincapié, que pensamos que dentro del concepto de “destino final”, no queda comprendida la conservación de embriones resultantes de una fecundación in vitro, o bien de espermatozoides, que son depositados en un banco de semen, para su preservación mediante el

empleo de temperaturas bajo cero, es decir mediante criopreservación, pues la finalidad de ésta como ya lo explicamos, es mantener en condiciones de “vida suspendida”, a los citados embriones y espermatozoides para su posterior utilización en técnicas de reproducción asistida, por lo que de ninguna manera puede pensarse en su destino final, siendo que serán preservados para su posterior uso, incluso muchos años después.

Siguiendo con la mención de conceptos básicos contenidos en el referido artículo sexto, destaca el de **disponente, quien es la persona, que autorice de acuerdo con la Ley General de Salud y su Reglamento, la disposición de órganos, tejidos, productos y cadáveres. En tanto que por disposición de órganos, tejidos y cadáveres y sus productos según el Reglamento se entiende que es: El conjunto de actividades relativas a la obtención, preservación, preparación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o de investigación.** Creemos que es dentro de éste concepto donde podemos encuadrar el empleo de embriones y de células germinales para llevar a cabo una técnica de reproducción asistida, puesto que al disponer de los embriones y de los espermatozoides se les ésta obteniendo, preservando, preparando y utilizando con fines terapéuticos.

En este orden de ideas, el artículo en cuestión define al **embrión como el producto de la concepción hasta la décimo tercera semana de gestación** y al feto como el producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana de gestación, hasta su expulsión del seno materno.

Cabe señalar, que mucho se habla de los denominados “fines terapéuticos”, y precisamente para comprender a que se refiere este término el Reglamento en comento nos define a la terapéutica como, la rama de la

medicina que establece los principios aplicables y los medicamentos o medios para el tratamiento de las enfermedades en forma racional.

En este orden de ideas, y con todo lo antes mencionado relacionándolo con el tema central de la presente investigación, podemos concluir de manera anticipada, que en ocasiones, la fecundación post-mortem no sería empleada, con “fines terapéuticos”, sino como un medio de reproducción, ya que no siempre se tratará como remedio para solucionar algún tipo de enfermedad, y por tanto según lo antes dicho, actualmente sería ilegal entre muchas cosas la realización de este tipo de fecundación porque se emplearían métodos de reproducción asistida sin que existan problemas de esterilidad que lo justifiquen, rompiendo con lo establecido por el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Sin embargo, reiteramos nuestra postura en el sentido de que creemos, es necesaria su regulación y permisión, porque en la práctica, en cualquier momento puede presentarse el nacimiento de un hijo concebido de ésta manera, puesto que como lo comentamos antes en nuestro país existen diversos hospitales que cuentan con todas las condiciones y el equipo médico necesario para llevarla a cabo, y si esto sucediera (si es que no ha sucedido) el menor nacido estaría legalmente desprotegido, por las razones que superficialmente en líneas anteriores hemos indicado y que en el momento oportuno explicaremos con detenimiento.

Ahora bien, el artículo 29 nos establece que la obtención, guarda, conservación, preparación y utilización de órganos, tejidos, sus componentes y productos de seres humanos vivos, o de cadáveres, para fines terapéuticos, de investigación científica o de docencia, sólo podrá hacerse en instituciones autorizadas para ello. Sin embargo, como lo hemos venido comentando no encontramos un solo precepto en los ordenamientos jurídicos señalados que se refiera expresamente a los denominados bancos de semen, en donde se

obtienen, guardan y conservan aquellos, y que actualmente son empleados en nuestro país como auxiliares para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida que citamos anteriormente.

En este orden de ideas, es importante señalar, que al parecer este artículo 29 sería, el fundamento legal que encontramos para la existencia de bancos de células germinales en nuestro país. Ya que como veremos a continuación estas son consideradas como productos, no siendo creemos, igualmente aplicable para la conservación de embriones, ya que reiteramos que en ninguno de los ordenamientos jurídicos que hasta el momento hemos venido estudiando; se habla de instituciones que puedan conservar embriones vivos, pues se menciona sólo la conservación de los cadáveres de estos.

Finalmente, por lo que toca al estudio del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en su Capítulo III denominado: “De la disposición de órganos, tejidos, y productos”, en su sección cuarta: “De la disposición de productos” en su artículo 56 considera como productos del cuerpo humano las excretas y **las células germinales**, y señala que los referidos productos de seres humanos, excepto las células germinales, podrán emplearse como materia prima con fines industriales, de conformidad con las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.

Además establece que la disposición de células germinales se llevará a cabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría de Salud, sin embargo, no hemos encontrado en el transcurso de la presente investigación norma técnica alguna que se refiera a la disposición de las células en cuestión.

1.10.5 Código Civil Federal

Por lo que respecta a este ordenamiento, cabe señalar que no encontramos precepto legal alguno que hiciera referencia a las técnicas de reproducción asistida.

1.10.6 Código Civil para el Distrito Federal.

Ya vimos la manera en que la legislación en materia de salud, regula las técnicas de reproducción asistida (tan importantes para el desarrollo de nuestro tema), en nuestro país en cuanto a que tipo de éstas se encuentran permitidas, cuales son los requisitos y presupuestos para ingresar a ellas entre otras cosas.

Sin embargo, a continuación en este apartado haremos mención de algunos artículos de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, que si bien hacen referencia a las técnicas de reproducción antes citadas, lo hacen como era de esperarse por la naturaleza de este ordenamiento, relacionándolas con figuras jurídicas tan importantes como son el matrimonio, el divorcio, el parentesco y la filiación. Es decir, en cuanto a los efectos que dichas técnicas de reproducción tienen en las figuras antes señaladas.

A continuación, comentaremos los preceptos que contienen relación alguna con dichas técnicas.

El primer artículo del Código en comento que se refiere a las técnicas de reproducción asistida, lo encontramos en el Libro primero, denominado: “De las personas”, Título V, Del matrimonio, Capítulo III “De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio”, artículo 162 el cual entre otras cosas menciona el derecho que tienen los cónyuges 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 (creemos que se refiere a la Ley General de Salud), cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia,

aclarando tal artículo que éste derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

En el Capítulo X, denominado: “Del divorcio” en el artículo 267 en donde se enumeran las causales de divorcio, en su fracción XX establece como una de las citadas causales precisamente el empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento del cónyuge respectivo.

Así mismo, en el Título VI: “Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar”, Capítulo I “Del parentesco”, igualmente se habla de la reproducción asistida en el artículo 293, al hablar del parentesco por consanguinidad, estableciendo tal precepto, que también se da este tipo de parentesco, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

Otros artículos que se refieren a las técnicas de reproducción asistida son el 326, que establece que el cónyuge varón, no podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante métodos de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos y el 329 que establece que : “Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consistió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.” Ambos artículos se encuentran ubicados en el Título VII: “De la filiación”, Capítulo I, “Disposiciones Generales”.

Finalmente, baste agregar que en el Congreso de la Unión, existen iniciativas de ley para regular la reproducción asistida y la fecundación post-mortem, mismas que para no influir en el presente trabajo no estudiaremos.

Capítulo II

De la filiación

2.1 Clases de filiación

Antes de señalar cuales son las clases de filiación conocidas en la doctrina, comenzaremos por definir el término filiación de la siguiente manera:

Noción natural. Filiación.-“...es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quiénes son los ascendientes de una persona determinada.”⁵⁵

Es decir, como bien lo señala el maestro Chávez Asencio los términos paternidad y filiación, pese a no ser sinónimos, se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados, sólo que desde un ángulo se contempla como paternidad que obviamente afecta a los padres y a las madres, y desde otro como filiación, haciendo referencia a los hijos.

Noción jurídica. Filiación.- “...en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares.”⁵⁶

En este orden de ideas, como bien lo señala el autor Castán Tobeñas: “...Constituye la filiación un hecho natural, ya que está basada en la procreación y un hecho jurídico, puesto que produce consecuencias jurídicas”.⁵⁷

⁵⁵ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Quinta edición. Porrúa. México. 2004. p 2.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho civil español. “Común y foral”. Citado por CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Op. cit. p. 2.

Cabe señalar que igualmente desde el punto de vista jurídico el término filiación en la doctrina tiene dos acepciones. “Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, los bisnietos y tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo...”⁵⁸

Ahora bien, en nuestra actual legislación, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 338 al definir este término, lo hace diciendo que “la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia”, y establece que en virtud de esto no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Es importante comentar respecto al término que nos ocupa que: “La filiación, desde el punto de vista jurídico, reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica. Se requiere que se cumplan los extremos previstos en la ley para que el hecho natural de la filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencias jurídicas. Es decir, para que tenga consecuencias jurídicas se requiere, o bien que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, que fuera reconocida por los medios previstos en la

⁵⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. “Derecho de familia”. Citado por CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Op. cit. p. 2.

legislación”.⁵⁹ Como por ejemplo el reconocimiento de los hijos, la posesión de estado de hijo y la sentencia que imputa la paternidad de una persona respecto de otra, entre otros medios establecidos por nuestra legislación para determinar la filiación de una persona, ya que de basarse únicamente la filiación en aspectos biológicos que es la manera común de establecerla, no se daría lugar por ejemplo a la denominada “filiación civil”, por medio de la cual pese a que dos personas adoptante y adoptado, carezcan de relación biológica alguna entre sí, jurídicamente porque la ley así lo reconoce, de cumplirse los supuestos correspondientes se dará lugar a esta clase especial de filiación entre ambas personas.

Una vez aclarado lo anterior, ahora sí señalaremos las diversas “clases de filiación” (por llamarlas de alguna manera), que son reconocidas por la doctrina para su estudio, señalando que: “La filiación surge de tres maneras: *por matrimonio, habida fuera de matrimonio, o surgida por la adopción*. Se llamarán respectivamente: filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva. Cada una de ellas se establece o constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos. No hay discriminación en nuestro derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos. Lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación”.⁶⁰

Es decir, en nuestro derecho se trata de manera igual a todos los hijos, independientemente de su origen, como bien lo señala la autora Montero Duhalt. Prueba de ello la encontramos en el artículo 338 Bis del Código Civil para el Distrito Federal que señala claramente que la ley no hace distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación independientemente de su origen. De tal suerte, que sin importar el origen de la filiación de que se trate ya

⁵⁹ Ibidem. p. 3.

⁶⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de familia. Quinta edición. Porrúa. México. 1992. p. 267.

sea matrimonial, extramatrimonial, civil o adoptiva, en el ordenamiento legal en cita los hijos producto de las mismas serán tratados de manera idéntica, teniendo los mismos derechos y obligaciones que de la filiación se derivan.

Esta igualdad de los hijos, independientemente de su origen no sólo la encontramos plasmada en nuestra legislación, sino también en la doctrina, pues autores como el maestro Manuel F. Chávez Asencio señalan que en la relación paterno-filial existen algunos principios de gran utilidad como el de “Igualdad de dignidad y derechos de los hijos”, mismo que consiste en que: “Sin necesidad de alguna declaración constitucional, en nuestra legislación los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen”.⁶¹

Cabe señalar, que el autor en cita también hace referencia al llamado “interés superior del niño” y comenta que tanto el interés superior del niño como la protección a la familia es preocupación constante en el Código Civil, “...de tal manera que en caso de conflicto o cuando se pueda afectar al niño o la familia, priva el interés superior de ellos sobre otros.”⁶²

Una vez comentado lo anterior, a continuación explicaremos cada una de las “clases de filiación” mencionadas con anterioridad.

2.1.1 Filiación matrimonial.

Es aquella que “...se funda en la existencia del matrimonio de los padres, y se hace referencia, como se ha dicho, a la concepción y al nacimiento para atribuir a los cónyuges, no sólo los hijos habidos durante la vida del matrimonio,

⁶¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Op. cit. p. 5.

⁶² Ibidem. pp. 5 y 6.

sino los que se hubieren concebido antes de la celebración del mismo, o que nacieren después de haberse disuelto por muerte, nulidad o divorcio.”⁶³

En este orden de ideas, el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece ciertas hipótesis y plazos que deben cumplirse para presumir si un hijo es o no de los cónyuges en cuestión y por tanto si cuenta o no con la filiación matrimonial. Así dicho precepto legal señala que **se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: Fracción I los hijos nacidos dentro de matrimonio y una segunda presunción en su fracción II consistente en que se presumen hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, independientemente si ésta proviene de nulidad de matrimonio, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge, y señala además que éste término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.**

Nos parece importante señalar desde éste momento, que la filiación matrimonial así contemplada en nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal no podría determinársele a un concebido y después nacido vía fecundación post-mortem, pese a que biológicamente si sea hijo del cónyuge difunto, por las razones que en su momento estableceremos.

Como se puede apreciar de la lectura del precepto señalado, la ley establece diversos plazos para determinar la filiación matrimonial de un hijo, tales plazos como lo señala la autora Sara Montero Duhalt en su obra denominada: “Derecho de Familia”, se basan en los datos que proporciona la misma naturaleza. Al respecto, la autora en comento señala que un ser humano tarda en su gestación normal 270 días, plazo que puede alargarse o disminuirse

⁶³ Ibidem. p. 83 y 84.

por situaciones biológicas consideradas normales, pero siempre existiendo un tiempo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable que es de 180 días, e igualmente existiendo un tiempo máximo para que el citado producto permanezca dentro del claustro materno, que no podrá ser más allá de 300 días. De tal suerte que 180 y 300 días son los límites mínimo y máximo para que el feto pueda nacer vivo y viable, puesto que al decir de la comentada autora, cuando un ser humano nace con apenas 180 días de gestación tiene escasas posibilidades de sobrevivir, pero quizás pueda hacerlo, en tanto que si permanece más de 300 días en el vientre materno definitivamente ya no tiene posibilidades de surgir a la vida.

Ahora bien, como ya se mencionó, el matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como del padre. Esto es así, porque entre muchos derechos y obligaciones que tienen los cónyuges entre sí como consecuencia de la citada unión, destaca el de fidelidad, es decir, la exclusividad de la relación sexual, marido y mujer sólo pueden tener relaciones sexuales entre ellos. En base a esto el hijo de la mujer casada será hijo de su esposo. Situación que sólo puede presumirse precisamente derivada del matrimonio, como decían los romanos: *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*.

En este orden de ideas, cabe señalar en relación con las presunciones contenidas en el artículo 324, que las mismas admiten prueba en contrario, esto con fundamento en el artículo 325 del ordenamiento legal en comento el cual señala que como pruebas para desvirtuar las presunciones comentadas se admitirán "...las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento" por un lado y por otro "...aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer".

2.1.2 Filiación extramatrimonial.

Es aquella (al decir de la autora Sara Montero Duhalt) que se establece en dos formas: La primera por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las formas previstas en la ley y cumpliendo con los requisitos que ésta impone, y la segunda por la imputación de paternidad derivada de una sentencia de acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o por su representante legal.

2.1.3 Filiación civil o adoptiva.

“La filiación civil o adoptiva se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo”.⁶⁴

En tanto que al definir la figura en cuestión el autor Puig Peña señala:

“Se puede definir la adopción, diciendo que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima”.⁶⁵

2.2 Pruebas de filiación.

Como hemos mencionado con anterioridad, nuestra legislación no hace distinción alguna entre los hijos nacidos independientemente del origen de su filiación, aunque reconoce implícitamente los diversos orígenes que dan lugar a la citada figura, de tal suerte que, como vimos se puede hablar de filiación matrimonial, extramatrimonial, civil o adoptiva.

⁶⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 267.

⁶⁵ PUIG PEÑA, Federico. Tratado de derecho civil español. Citado por CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Op. cit. 191.

En este orden de ideas, nuestra actual legislación, tampoco establece con que medios se puede probar una u otra clase de filiación, es decir, no señala como probar la filiación matrimonial por un lado y como probar la filiación civil o adoptiva por el otro, esto en respeto al artículo 338 Bis comentado con anterioridad, sino que de manera general establece cuales son los medios de prueba idóneos para acreditar la filiación (sin necesidad de clasificación alguna) tal y como lo señalan los artículos 340 y 341 de la legislación en cita.

Es así como el **artículo 340** de manera categórica nos señala que: **“La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento”**. Sin embargo, nuestro Código Civil para el Distrito Federal, acertadamente prevé, otros medios de prueba en caso de que no se contase con el acta referida, de tal suerte que el **artículo 341 nos señala que a falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa la filiación podrá acreditarse con la posesión constante de estado de hijo, pero además también toma en cuenta el hecho de que tampoco se tenga tal posesión y en éste caso “...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;...”** sin embargo, pone una condición para aceptar la prueba testimonial como medio para probar la citada figura **“...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.”**

Finalmente, el artículo en comento nos señala: “Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.”

En este orden de ideas, podemos concluir que la filiación se prueba mediante el acta de nacimiento, la posesión constante de estado de hijo, sentencia ejecutoria que así la declare y otros medios de prueba permitidos por

la ley tales como: Confesional, testimonial, documental, pericial, presuncional, instrumental de actuaciones etc. (con los límites establecidos en el artículo 341 antes referido).

A continuación explicaremos en que consisten cada uno de los anteriores.

2.2.1 Acta de nacimiento.

Antes que nada cabe señalar que se entiende por partida del registro civil, la cual es definida como: “Testimonio expedido por la autoridad competente, de una acta que consta en alguno de los libros del Registro del Estado Civil, tendiente a justificar el nacimiento, el matrimonio o la defunción de una persona, así como las demás constancias que se registran en dichos libros.”⁶⁶

Según el artículo 58 del ordenamiento legal en cita, los datos que debe contener la referida acta entre otros son los siguientes: el día, la hora y lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombre propios y los apellidos paterno y materno que le correspondan, la razón de si el menor ha sido presentado vivo o muerto y la impresión digital del mismo. En este orden de ideas, el artículo 59 del ordenamiento en comento señala que además se deberán asentar los nombres y domicilios de los padres y abuelos y los de las personas que hubiesen hecho la presentación. Sin embargo, con fundamento en el artículo 61 del Código en cita, si alguno de los progenitores no pudiese concurrir al Registro Civil, la única manera de que se pudiese asentar el nombre del progenitor ausente en el acta correspondiente sería cuando el Juez del Registro Civil se hubiese trasladado al lugar en dónde aquel se encontrase y

⁶⁶ COUTURE, Eduardo J. Vocabulario jurídico. “Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo”. Argentina. 1993. p. 447.

haber recibido de éste la petición de que en el acta de nacimiento se mencione su nombre, de lo contrario no podrá asentarse el nombre del progenitor faltante.

2.2.2 Posesión de estado de hijo.

“La posesión de estado de hijo se aplica tanto a los hijos habidos de matrimonio como los habidos fuera de matrimonio”.⁶⁷ Tal posesión, al decir del maestro Manuel F. Chávez Asencio el autor Mazeaud, la define de la siguiente manera:

Posesión de estado de hijo.- Es “una reunión suficiente de hechos que indica la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer”.⁶⁸

Con esta posesión se puede acreditar la filiación con respecto al padre, la madre, o a ambos, aclarando que este es un medio idóneo para probar la filiación, siempre que no se cuente con un acta de nacimiento.

Elementos.

Los elementos que conforman tal posesión en nuestro derecho, son los que señala el artículo 343 del ordenamiento legal en cita que en su parte conducente señala: **“Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad (lo anterior constituye el llamado elemento fama) quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:**

⁶⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones Jurídicas Paterno Filiales”. Op. cit. p. 89.

⁶⁸ Ídem.

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

Es decir, de la lectura del citado precepto y al decir del maestro Chávez Asencio se desprende que los elementos de la posesión de estado de hijo son cuatro:

1. El nombre.- Significa que el hijo usa constantemente el apellido del que pretende es su padre o su madre.

2. El trato.- Significa que el padre o la madre lo ha tratado como hijo, proveyéndolo a su subsistencia, educación y establecimiento.

3. La fama.- Significa que el hijo ha sido constantemente reconocido como hijo por la familia del padre, de la madre, y en la sociedad.

4. La edad.- Nuestro derecho a parte de los elementos citados exigidos por la doctrina para conformar tal posesión, agrega y exige que el presunto padre o madre tenga por lo menos dieciséis años.

Sin embargo, pese a lo anterior nuestro derecho no exige que deban reunirse los cuatro elementos citados, basta con que se acredite el elemento fama más otro de los ya enumerados, ejemplo: Fama + trato = posesión de estado de hijo. En este orden de ideas, podemos concluir que el elemento

básico e imprescindible en nuestra legislación en comento para acreditar la citada posesión, es el elemento fama. Más adelante retomaremos este punto al tratar de la “acción de reclamación de estado de hijo”, baste por el momento concluir que: “La posesión de estado de hijo por sí misma prueba sin necesidad de declaración judicial, basta que se acredite por los medios de prueba autorizados por la ley. Sin embargo, en determinadas circunstancias habrá necesidad de obtener sentencia declarativa de autoridad judicial, mediante el ejercicio de la acción, que es la de reclamación de estado de hijo. Una vez obtenida la sentencia judicial, ésta tendrá el efecto del acta de nacimiento y hará prueba plena.”⁶⁹

2.2.3 El reconocimiento.

Reconocimiento.- “...es el acto jurídico familiar por el cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por la ley.”⁷⁰

Se dice que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, solemne e irrevocable, y que por medio de éste una persona manifiesta ser padre o madre de otra. Nuestra legislación lo tiene contemplado en el Código Civil para el Distrito Federal en el Libro Primero, Título VII, Capítulo IV “Del reconocimiento de los hijos”. Así el artículo 360 del ordenamiento legal en cita señala que la filiación también se puede establecer por el reconocimiento de padre, madre o ambos, o bien por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.

En este orden de ideas, podemos decir que es mediante el documento que contenga el acto jurídico en comento, por medio del cual se podrá probar la

⁶⁹ Ibidem. p. 91.

⁷⁰ Ibidem. p. 147.

filiación de una persona, siempre y cuando se hubiese realizado mediante los modos de reconocer que para tal efecto señala la ley. Cabe señalar que el Código en cita establece diversos modos en que deberá hacerse el reconocimiento de una persona en su artículo 369, tales modos son los siguientes:

1. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
2. Por acta especial ante el mismo Juez; (es decir acta de reconocimiento)
3. Por escritura pública;
4. Por testamento; y
5. Por confesión judicial directa y expresa

Como ya lo hemos mencionado, el reconocimiento es un acto jurídico solemne, tal solemnidad precisamente la reconoce el artículo en comento al establecer que: **“El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto...”** Sin embargo, señala que podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de la paternidad o maternidad.

A continuación hablaremos de cada uno de los modos de reconocer ya citados.

1.- Acta de nacimiento.- Este modo de reconocer se hace en la misma acta que levanta el Juez del Registro Civil para el nacimiento de un hijo.

2.- Acta especial ante el mismo Juez del Registro Civil.- Este modo de reconocer, se presenta en caso de que ya se hubiere redactado el acta de nacimiento, el progenitor que pretenda reconocer, puede acudir al Registro Civil y hacer el reconocimiento, para lo cual se levantará acta especial. Como el acta

de reconocimiento se elabora después de haberse realizado la de nacimiento se hará mención en ésta del reconocimiento hecho, haciendo la anotación correspondiente, y deberá levantarse nueva acta de nacimiento, tal y como lo señala el artículo 78 del ordenamiento legal en cita.

3.- Escritura Pública.- El Código Civil al decir del autor Manuel F. Chávez Asencio, limita el documento en el que puede hacerse constar el reconocimiento a la escritura pública, tal autor señala que es la forma que debe darse al acto jurídico de reconocimiento para su validez.

4.-Testamento.- El reconocimiento hecho mediante este modo de reconocer, puede hacerse en cualquier tipo de testamento, ya que la ley no limita que dicho reconocimiento se realice en una especie determinada de testamento.

Es importante aclarar, que aunque el testamento en el que conste el reconocimiento sea revocado el reconocimiento seguirá siendo válido tal y como lo establece el artículo 367 del ordenamiento legal en cita. Sin embargo, si tal testamento fuese nulo al decir del maestro Manuel F. Chávez Asencio, será también nulo el reconocimiento, lo que es lógico pensando en la falta de capacidad o los vicios de la voluntad del testador.

5.-Confesión Judicial directa y expresa.- “Se refiere a la confesión que se hace ante el juez. Esta debe ser directa y expresa. Lo que no significa que debe hacerse por el interesado directamente y no a través de un mandatario general. En caso de no poder concurrir, se requiere mandato especial en los términos del artículo 44 C.C. Debe ser expresa; no puede admitirse una confesión que se obtenga, por ejemplo, cuando por rebeldía se tiene por contestada la demanda.

El hecho que sea confesión judicial, permite que esta sea dada en cualquier clase de juicio, o bien en jurisdicción voluntaria que tramite quien pretenda reconocer...”⁷¹

Una vez señalados los modos de reconocer, permitidos por nuestra legislación veremos que personas pueden reconocer y que personas pueden ser susceptibles de ser reconocidas.

2.2.3.1 Personas que pueden reconocer.

Sólo las personas físicas, son las únicas que pueden llevar a cabo un reconocimiento, siempre y cuando cuenten con la edad exigida para contraer matrimonio tal y como lo establece el artículo 361 del ordenamiento legal citado relacionado con el 148 del mismo ordenamiento. A continuación siguiendo al maestro Manuel F. Chávez Asencio, estudiaremos diversas hipótesis que pueden presentarse en los sujetos activos del reconocimiento.

a) Menor de edad. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal permite en su artículo 362 que un menor de edad reconozca a un hijo suyo, sin embargo, y precisamente por su minoría de edad tal ordenamiento exige que para que el menor pueda llevar a cabo tal acto jurídico se requiere que cuente con el consentimiento de los que ejercen sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta de autorización judicial.

b) La mujer. Pese a que se ha seguido la tradición romana en el sentido de que la filiación materna queda establecida por el hecho del parto (madre es quien da a luz), nuestro derecho en el ordenamiento civilista en comento establece en su artículo 360 que la madre también puede reconocer a su hijo. Y esto es así porque, si bien es cierto que se da este hecho biológico del

⁷¹ Ibidem. p. 171.

nacimiento por parte de la madre al dar a luz a su hijo se requiere el reconocimiento de ésta para dar firmeza a la relación jurídica y que quede debidamente probada la filiación del hijo con respecto a su madre.

c) Caso de adulterio. Éste supuesto se actualiza cuando una mujer casada ha sido infiel, y de esa relación nace un hijo de su pareja adúltera que pretenda reconocerlo. Para resolver éste problema el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal es claro al decir que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre que no sea su esposo, sin embargo, si el citado marido lo desconoció y por sentencia ejecutoriada se hubiese declarado que no es hijo suyo, entonces tal hijo si podrá ser reconocido por otro varón.

d) El hombre. El hombre puede libremente reconocer, pero al decir del maestro Chávez Asencio: “La facultad masculina de reconocer está disminuida...”. Tal situación se percibe así, porque para que el reconocimiento realizado por un hombre (sin el consentimiento de la mujer) pueda surtir sus efectos, se requiere que ésta no lo contradiga, es decir, se requiere implícitamente de su consentimiento para que el hombre pueda reconocer al hijo en cuestión, así lo dispone el artículo 379 del cuerpo legal en estudio.

e) Reconocimiento del hijo habido antes del matrimonio. No existe inconveniente alguno para que cualquiera de los cónyuges pueda reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge, pero no tendrá derecho el reconociente a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con anuencia expresa del otro consorte como lo dispone el artículo 372 del Código citado.

Cabe agregar que la figura en cuestión, como ya lo mencionamos, tiene como principal característica ser un acto jurídico personal y en virtud de esto el

reconocimiento realizado por uno solo de los progenitores únicamente producirá efectos jurídicos respecto de él, y no respecto del otro progenitor, pues así lo establece el artículo 366 del cuerpo legal en estudio. En este orden de ideas, a continuación señalaremos los sujetos que pueden ser reconocidos.

2.2.3.2 Personas que pueden ser reconocidas.

a) Sólo hijos nacidos fuera de matrimonio.- Sólo pueden (al decir del maestro Manuel F. Chávez Asencio) ser reconocidos los hijos que tengan la condición de hijos extramatrimoniales. Sin embargo, consideramos que esto no siempre es así, ya que incluso los mismos padres de los hijos matrimoniales, al declarar su nacimiento ante el Juez del Registro Civil, están reconociendo a los menores como hijos suyos.

b) No reconocidos.- Sólo pueden ser reconocidos aquellos que no lo hubieren sido anteriormente, y en caso de existir conflicto entre el progenitor que reclame para sí tal carácter, y el que hubiese hecho el reconocimiento, el primero tendría que ejercitar la acción contradictoria de reconocimiento contemplada en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Civil para el Distrito Federal.

c) El hijo concebido.- Puede reconocerse al concebido, pero aún no nacido tal y como lo señala el artículo 353 Quáter del Código en comento, siempre y cuando el padre declare: "...que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada". Esto porque en nuestro derecho desde que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código en estudio, tal y como lo señala el artículo 22 del citado ordenamiento legal. Cabe señalar, que este tipo de reconocimiento no podría ser inscrito en el Registro Civil, ya que como lo menciona el autor Manuel F. Chávez Asencio, los actos del Registro Civil, empiezan con el

nacimiento, de tal suerte que no hay posibilidad de hacer anotación alguna de la concepción.

“...Por lo tanto, este reconocimiento estaría sujeto a una condición suspensiva consistente en el nacimiento del reconocido, en los términos del artículo 337 C.C. en cuyo caso, llegado este evento, podría inscribirse el nombre del padre reconociente junto con el de la madre, quien necesariamente debe aparecer en el acta de nacimiento de su hijo.”⁷²

d) Menor de edad.- Puede ser reconocido, siempre que se cuente con el consentimiento de su tutor y a falta de éste con el consentimiento que proporcione el tutor que le nombre el juez de lo familiar.

e) Mayor de edad.- Puede ser reconocido siempre y cuando el mismo otorgue su consentimiento para tales efectos, tal y como lo señala el artículo 375 del Código Civil para el Distrito Federal.

f) Hijo muerto.- Actualmente y con apoyo en el artículo 353 Ter del ordenamiento legal invocado, pueden ser reconocidos los hijos que hayan fallecido con anterioridad a la celebración del matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes.

2.2.3.3 Efectos del reconocimiento.

El reconocimiento prueba según lo manifiesta el maestro Manuel F. Chávez Asencio, ya sea el parto en relación a la madre, ya sea la concepción en relación con el padre, y la filiación ya sea paterna o materna del hijo favorecido con el reconocimiento. Los efectos de éste son el producir todas las consecuencias jurídicas que de la filiación se desprende y que más adelante

⁷² Ibidem. p. 168.

estudiaremos. Baste decir por el momento que el reconocimiento de los hijos que no se hizo inmediatamente a su nacimiento, sino con posterioridad, tiene efectos retroactivos desde la fecha de nacimiento que consta en la primera acta (artículo 353 Bis del Código Civil para el Distrito Federal).

2.2.3.4 Extinción del reconocimiento.

Los medios para extinguir el reconocimiento son dos:

- a) La nulidad y
- b) La impugnación.

Ambas figuras son distintas entre sí, ya que la acción de impugnación de reconocimiento, ataca el contenido del mismo. “Controvierte el presupuesto biológico que lo implica: el nexo biológico determinado por la procreación entre reconociente y el reconocido.”⁷³

Precisamente el reconocimiento será impugnable porque se crea que el reconociente no es el padre o la madre del reconocido.

La acción de nulidad por su parte, ataca la validez del acto jurídico del reconocimiento por los vicios que lo afectan. En la acción de nulidad no está en juego ni se discute la paternidad o maternidad del reconociente. De manera muy breve haremos referencia a las figuras antes enunciadas.

Nulidad.

a) El menor de edad.- El menor de edad tiene derecho a anular el reconocimiento por el realizado, si sufrió error o engaño. Se trata de nulidad

⁷³ Ibidem. p.173.

relativa pues, se afecta el consentimiento con los vicios señalados. El plazo que tiene para intentarla es de cuatro años después de la mayoría de edad, transcurrido el cual prescribe la acción, lo que es un elemento para sustentar su relatividad.

Impugnación.

Se llama así "...el recurso que las leyes conceden a algunas personas para destruir el reconocimiento de un hijo, con base en las determinadas circunstancias previstas en las mismas." ⁷⁴

Clases.

Nuestro Código en comento contempla dos acciones diversas en materia de impugnación, según sea el titular de la misma. Así existen la acción contradictoria de reconocimiento y la acción de reclamación de reconocimiento.

Acción contradictoria.- "Esta acción procede cuando se niega al reconociente ser padre o madre del reconocido, o cuando el reconocimiento de un menor de edad se hubiere efectuado en perjuicio del mismo..." ⁷⁵

Tal acción se encuentra prevista en los artículos 368, 378 y 379 del Código Civil en comento, los cuales a grandes rasgos señalan quienes serán las personas titulares de la misma.

Titulares de la acción contradictoria de reconocimiento.

⁷⁴ Ibidem. p. 174.

⁷⁵ Ibidem. p. 175.

1) El progenitor que estime tener mejor derecho que el que hubiere reconocido

2) La persona que hubiere cuidado la lactancia del menor

3) La madre que lo hubiere reconocido antes que el padre y

4) El Ministerio Público, cuando el reconocimiento de un menor de edad se hubiese realizado en su perjuicio.

Plazos para su ejercicio.

Varían en función a su titular, así tenemos que:

1) El Ministerio Público, sólo la puede ejercer durante la minoría de edad del reconocido.

2) El progenitor. No existe un plazo que limite el ejercicio de esta acción.

3) La persona que hubiere cuidado de la lactancia del menor. Sólo tiene un término de 60 días para contradecirlo contados desde que tuvo conocimiento del reconocimiento.

4) La madre. No existe un plazo que limite el ejercicio de la acción.

Acción de reclamación. Ésta acción difiere de la anterior en que la de reclamación solamente puede ser invocada por el hijo reconocido tal y como lo establece el artículo 376 del Código en comento. Si es menor de edad puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayoría de edad. El artículo 377 del cuerpo legal en estudio, señala el plazo de dos años para

intentar la acción "...que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía desde la fecha en que la adquirió".

Las causales para intentar esta acción son las ya expresadas, es decir que el reconociente no sea verdaderamente padre o madre del reconocido o que el reconocimiento le cause un perjuicio.

2.2.4. Sentencia ejecutoria que así lo declare.

Mediante las sentencias obtenidas producto de las acciones de investigación de la paternidad, de la maternidad y de reclamación de estado de hijo, consideramos se puede probar la filiación ya sea paterna o materna de un hijo. Esto es así porque al ser dicha resolución un documento público en términos del artículo 327 fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, hace prueba plena respecto de lo que tal resolución contenga, además de que el mismo es admisible a falta de acta de nacimiento y de la posesión de estado de hijo como lo establece el artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal al admitir todo tipo de prueba para acreditar la referida filiación con las salvedades que el mismo prevé.

2.2.5. Otros medios de prueba.

Como lo hemos señalado al comentar el artículo 341 del Código Civil para el Distrito Federal la filiación se prueba con el acta de nacimiento, y a falta de ésta o si fuere defectuosa, incompleta o falsa, dice el citado numeral con la posesión constante de estado de hijo, pero en caso de no contar con ninguna de las dos "...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”. En atención a lo ordenado por el precepto legal invocado los medios de prueba a los que, se pueden acudir son: documentales, testimoniales, presuncionales, periciales etc. Sin embargo, también se permiten las pruebas científicas y biológicas según lo indica el numeral 382 del Código en cita.

2.3 Maternidad. Concepto.

Maternidad.- La podemos definir como: “Condición de madre...”⁷⁶

En este orden de ideas, se dice que la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por tanto perfectamente conocido, señalando que según la doctrina los elementos para determinar la filiación en relación a la maternidad son:

1) El parto. “...en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el “parto sigue al vientre” (partus sequitur ventrem).”⁷⁷

2) La identidad del hijo. Implica determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz, y al decir del maestro Manuel F. Chávez Asencio, esto se puede acreditar con la posesión constante de estado de hijo o bien con el acta de nacimiento.

2.3.1 Casos en los que se permite la investigación de la maternidad.

⁷⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo V. Vigésima edición. Heliasta. Argentina. 1981. p. 336.

⁷⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Op. cit. p. 11.

Antes de entrar de lleno a estudiar en que casos se encuentra permitida la investigación de la maternidad, es necesario aclarar que tal investigación se realiza al ejercer la acción de investigación de la maternidad. Misma que podemos definir de la siguiente manera:

Acción de investigación de la paternidad o maternidad.- "...es el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que ésta sea declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial." ⁷⁸

La investigación de la maternidad actualmente está abierta en el Código Civil para el Distrito Federal. Tal acción les corresponde como ya se mencionó a los hijos habidos fuera de matrimonio, en forma paralela a la acción de reclamación de estado de hijo que les corresponde a los hijos de matrimonio. Sin embargo, no estamos de acuerdo con esto último por los razonamientos que en su momento expresaremos.

Continuando con el desarrollo de este punto, cabe señalar que la investigación de la maternidad se encuentra reiteramos abierta, porque no existen muchas limitantes para su ejercicio, tal y como lo establece el artículo 385 del ordenamiento legal en comento que en su parte conducente señala : "Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; **pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.**"

⁷⁸ Ibidem. p. 179

Como podemos observar, según el precepto anterior la investigación en comento tiene como única limitante que no se le pretenda atribuir el hijo del que se trate a una mujer casada. Sin embargo, esta regla general cuenta con una excepción consagrada en el artículo 386 del mismo ordenamiento legal el cual establece: “No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, **el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.**”

Características de la acción de investigación de la maternidad.

1) Tal acción sólo la pueden ejercer el hijo y sus descendientes. (Artículo 385 del Código en estudio). Aclarando que la ley no establece una prelación entre las personas antes mencionadas para intentar tal acción, pero en la doctrina autores como el jurista Manuel F. Chávez Asencio, señalan que sólo durante la vida del hijo éste puede investigarla, y los descendientes sólo en caso del fallecimiento de aquel.

2) Tal acción es intransmisible a todos los herederos. Porque sólo la pueden intentar los herederos que sean descendientes del hijo, no así sus herederos testamentarios que no sean descendientes de aquel.

3) Los terceros no pueden intentar tal acción. Porque la ley únicamente al hijo y a sus descendientes les confiere la facultad de ejercerla.

4) Representación. Los menores de edad pueden intentar esta acción, y deberán ser representados por su representante legal.

5) Término. La acción sólo puede intentarse en vida de la madre, pero si ésta hubiese fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tienen derecho

a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad. (Artículo 388 Código Civil para el Distrito Federal).

6) Pruebas. Se intentará probar la vinculación biológica entre el hijo y el supuesto padre ya sea con prueba directa o con presunción. En este orden de ideas, con fundamento en el artículo 341 del cuerpo legal en cita son admisibles para probar esta acción y por tanto la filiación, todos los medios de prueba establecidos por la ley en comento, con las restricciones que en ella misma se establecen. Sin embargo, cabe resaltar lo estipulado por el artículo 382, el cual además de reiterar que la maternidad y la paternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios, contiene una presunción a favor del hijo que intente la acción y una sanción al padre o madre al que se le pretenda imputar la paternidad o la maternidad según sea el caso: "...Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre".

2.3.2 Acción de impugnación de la maternidad.

La acción de impugnación de la maternidad, tiene como **objeto impugnar la maternidad que se imputa a una mujer con respecto de un determinado hijo**. Se ataca el estado civil del hijo el cual se encuentra protegido por dicho estado, cuando en realidad no le corresponde. "Se requiere, consecuentemente, que el hijo tenga la prueba de la filiación que se pretende impugnar. Esta prueba debe consistir en las actas de nacimiento, excluyendo la posesión de estado, porque si ésta se da la madre ha aceptado, frente a sus familiares y sociedad en general, la relación materno-filial que consecuentemente no puede impugnar." ⁷⁹

⁷⁹ Ibidem. p. 118.

- Supuestos.

Ya comentamos en líneas precedentes, los elementos que se deben de presentar para acreditar la filiación materna: 1) El parto y 2) La identidad del hijo. De tal suerte que los supuestos que pueden dar origen a la acción en comento se relacionaran estrechamente con los citados elementos. Ejemplo: Puede darse el caso de que el parto en realidad nunca hubiese existido, sin embargo, mediante un certificado médico falso pudo haberse constatado su existencia, otro supuesto sería el de la sustitución del verdadero hijo, aquí sí hubo parto, pero el verdadero hijo se cambia por otro. De probarse uno u otro supuesto es claro que la filiación materna no puede estar acreditada al no contar con los elementos necesarios para tal efecto.

- Personas que pueden ejercitar la acción de impugnación de la maternidad.

Antes que nada, hay que aclarar que el ordenamiento legal en estudio, no señala expresamente quienes pueden ejercitar tal acción, misma que se encuentra regulada en los artículos 336 y 337 del Código citado, mismos que en su parte conducente señalan: Artículo 336. “En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo...” en tanto que el artículo 337 establece que en caso de que el hijo del que se trate no hubiese nacido (en términos de lo que el citado precepto señala), no podrá interponerse demanda sobre la paternidad o maternidad.

De tal suerte que para tratar de saber quienes pueden intentar tal acción recurrimos a la doctrina. Autores como el maestro Manuel F. Chávez Asencio indican que ante la ausencia de disposición expresa se debe estar a lo que señala la ley para el caso de la acción de impugnación o desconocimiento de paternidad. En este orden de ideas, están legitimados para ejercerla:

1) La mujer. Implica que ella misma impugne su maternidad.

2) El tutor de la mujer. En caso de interdicción de aquella.

3) Los herederos. En los mismos casos en que puedan impugnar en relación al padre, mismos a los que haremos referencia con posterioridad.

2.4 Paternidad. Concepto.

Paternidad.- “Calidad de padre (v). El Vínculo natural, legal y moral que lo une con su hijo”.⁸⁰

2.4.1 Presunción de la paternidad.

En contraposición a lo que establecimos al hablar de la maternidad, la paternidad no es un hecho susceptible de probarse en forma directa, ya que sólo puede presumirse “iuris tantum”. De ahí que nuestra legislación en comento recoja diversas presunciones para determinar la paternidad de una persona con respecto de otra.

Dos son las presunciones que encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 324 para determinar la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio o bien después de disuelto el mismo, tal artículo señala: **“Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:**

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

⁸⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo VI. Vigésima edición. Heliasta. Argentina. 1981. p. 146.

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.”

En este orden de ideas, consideramos que la presunción contenida en la fracción número I es clara. No importa en que tiempo hubiese sido concebido el hijo, mientras su nacimiento sea dentro del matrimonio será hijo de los cónyuges, la paternidad del cónyuge varón queda establecida, y como ya mencionamos esta presunción omite toda referencia a la fecha de la concepción al inicio del matrimonio.

Por lo que respecta a la fracción II, prevé el hecho de que la mujer hubiese quedado en cinta de su marido, antes de la disolución del matrimonio, por ello la ley reputa como hijo del cónyuge varón al hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio. Cabe señalar, que esta última presunción va a operar siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Lo que viene a ser implícitamente una prohibición para la mujer de no casarse antes de que concluya el plazo indicado de 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

Ahora bien, es importante resaltar, que las presunciones legales antes comentadas, implícitamente tratan de establecer otra presunción manejada en la doctrina que es la siguiente: “Es padre quien fecunda al óvulo” como lo señala el maestro Manuel F. Chávez Asencio, en su obra citada con anterioridad. “El momento de la concepción es de difícil determinación. Como auxilio para poder determinar la paternidad y la maternidad, la ley establece el

período legal de la concepción, que es el de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento (325 y 326 C.C.)...”⁸¹

“Si a los trescientos días les restamos ciento veinte quedan ciento ochenta días para el embarazo, tiempo mínimo para que el nacido viva y sea viable los términos del numeral 337 del C.C.”⁸²

Este término legal de la concepción, se toma en cuenta expresamente en la ley para el sólo efecto de destruir las dos presunciones contenidas en el artículo 324 antes estudiado como más adelante lo explicaremos.

2.4.1.1 Bases para la presunción.

Las bases de las presunciones contenidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal antes invocado, descansan en la fidelidad que los cónyuges se deben dentro del matrimonio. Esto es así, porque entre muchos derechos y obligaciones que tienen los cónyuges entre sí como consecuencia de la citada unión, destaca el de **fidelidad**, es decir, la exclusividad de la relación sexual, marido y mujer sólo pueden tener relaciones sexuales entre ellos. En base a esto el hijo de la mujer casada será hijo de su esposo. Situación que sólo puede presumirse precisamente derivada del matrimonio, como decían los romanos: *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*.

2.4.1.2 Requisitos para que opere la presunción.

Los requisitos para que operen las presunciones contenidas en el artículo 324 a las que hemos hecho referencia son los siguientes:

⁸¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Op. cit. pp 11 y 12.

⁸² Idem.

1.- Matrimonio. El vínculo matrimonial se acredita con el acta de matrimonio. Este requisito comprende también al matrimonio nulo, puesto que independientemente de que hubiere existido buena o mala fe en uno o en ambos contrayentes, respecto de los hijos produce todos sus efectos civiles, tal y como lo señalan los artículos 255 y 256 del ordenamiento legal en cita.

2.- Que la filiación materna esté acreditada. Implica que el hijo necesariamente ha de ser de la cónyuge, lo cual supone el hecho del parto y la identidad del hijo, requisitos a los que nos hemos referido con anterioridad.

3.- La concepción dentro del matrimonio. Este tercer requisito, implica que las presunciones contenidas en el artículo en comento suponen que la concepción del hijo se produjo durante la vida conyugal. Sin embargo, esto no siempre es así pues como se desprende de la fracción I la concepción pudo haberse dado incluso antes del matrimonio pero mientras que el hijo nazca dentro de éste opera tal presunción.

2.4.1.3 Destrucción de la presunción.

Las presunciones contenidas en el artículo 324 son susceptibles de ser destruidas por tratarse de presunciones “iuris tantum”, es decir, que admiten prueba en contrario. Así, el mismo artículo 324 señala: “Se presumen hijos de los cónyuges **salvo prueba en contrario...**”, en tanto que el artículo 325 establece: “Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

Los medios legales para destruir tales presunciones son:

1. Por impugnación de la paternidad.- Acción que básicamente está contemplada en los artículos 325 y 326 del ordenamiento legal en cita. Tal acción tiene como principal objetivo impugnar la paternidad que se imputa a un hombre con respecto de un determinado hijo, y pese a que en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, sólo se haga mención del término “impugnación”, en realidad al decir del autor Manuel F. Chávez Asencio tal acción de impugnación tiene dos modalidades a saber: 1) La acción de contradicción de paternidad y 2) La acción de desconocimiento de la misma. Mediante ambas se estará impugnando la paternidad, sin embargo, dependiendo del supuesto en el que se encuentre se optara por una o por otra de tal suerte que: “Será la vía de contradicción cuando se trate de impugnar al hijo nacido “dentro” de los trescientos días de la disolución del matrimonio, y desconocimiento cuando nazca “después” de los trescientos días de la separación judicial de los cónyuges.”⁸³ También se impugnará la paternidad de los hijos nacidos dentro de los trescientos días de la celebración del matrimonio vía acción de contradicción de paternidad. En todos los casos señalados lo que tendrá que demostrar el cónyuge varón es el hecho de que le fue imposible haber tenido acceso carnal con su mujer durante el periodo legal de la concepción, como lo establecen los artículos 325 y 326 ambos del Código Civil para el Distrito Federal, que se refieren de manera general a la citada acción de impugnación de la paternidad y que en su parte conducente señalan:

Artículo 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, (artículo 324. “Se presumen hijos de los cónyuges...” fracciones I y II) se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento...

⁸³ Ibidem. p. 105.

En tanto que el artículo 326, al hablar del caso de adulterio de la madre señala, que el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad que se le imputa respecto de los hijos concebidos por su mujer, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre "...que no tuvo relaciones sexuales (con aquella) dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento."

Cabe señalar, que la diferenciación que se hace entre la acción de contradicción de paternidad y desconocimiento de la misma, es meramente doctrinal, puesto que el ordenamiento jurídico en comento de manera general únicamente contempla la acción de impugnación de paternidad, sin embargo, al estudiar ésta de manera más detallada con posterioridad, seguiremos la distinción indicada por la doctrina.

2. Por impugnación de la maternidad.- Si bien como hemos mencionado, la maternidad es un hecho que al decir de la doctrina es de prueba directa ya que "el parto sigue al vientre" y madre consecuentemente es quien da a luz, la misma es susceptible de desvirtuarse mediante la acción de impugnación de maternidad, por la cual se abre la posibilidad para la mujer, entre otras cosas, de desconocer su maternidad con respecto del hijo que a ésta se le imputa. Lo anterior dadas la situaciones que desafortunadamente se presentan en la actualidad tales como la sustitución de infante. Para una mejor comprensión de ésta acción remitimos al lector al punto 2.3.2 del presente trabajo.

Finalmente, cabe señalar que de manera semejante a las presunciones estudiadas, el artículo 383 del Código Civil citado establece algunas que son aplicables al concubinato para poder presumir cuando un hijo es del concubinario y de la concubina. Es la única filiación extramatrimonial a la que se aplica, los demás hijos nacidos fuera de matrimonio deberán acreditar su

filiación por reconocimiento del padre ó de la madre o bien por sentencia que así lo declare.

2.4.2 Investigación de la paternidad.

Como lo comentamos al hablar de la acción de investigación de la maternidad, a semejanza de ésta, en la investigación de la paternidad lo que se pretende por parte de la persona que la intenta, es decir, por el presunto hijo es establecer la relación paterno filial con su supuesto padre por sentencia que así lo declare. Tal acción actualmente se encuentra abierta, es decir, que se puede intentar contra el presunto padre, sin que exista limitante alguna como sucede en el caso de la maternidad que se trate de imputar a una mujer casada.

Características de la acción de investigación de la paternidad.

1) Personas que pueden intentarla. Puede intentar tal acción sólo el hijo, tal y como se desprende del artículo 388 del Código en comento, que en su parte conducente señala: "...Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad."

2) Tal acción es intransmisible a los herederos de los hijos. Porque no existe ningún precepto legal en el Código en cita que así lo permita.

3) Terceras personas no pueden intentar la acción. Porque no existe ningún precepto legal en el Código en cita que así lo permita, ya que tal acción sólo les corresponde a los hijos.

4) Representación. Los menores de edad pueden intentar esta acción. "...En estos supuestos deberá nombrársele tutor, al haber intereses opuestos

con quien pretende sea su padre y debe aplicarse el artículo 440 del C. C. Estimo no puede ser representado por su madre, aun cuando se considera su representante legal...”⁸⁴ Esto es así, porque al decir del autor en cita en el caso que nos ocupa se presentará conflicto entre progenitores. Sin embargo, al respecto pensamos que atendiendo a la redacción del artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal si la madre no tuviese un interés opuesto al de su hijo, si podría representarlo en el correspondiente juicio.

5) Término. La acción sólo puede intentarse en vida del padre, pero si éste hubiese fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tienen derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad. (Artículo 388 Código Civil para el Distrito Federal). “Durante la vida de los progenitores la acción se intenta contra ellos o sólo contra alguno. Pero después de muertos, la acción se ejercerá lógicamente contra los herederos de ella o de él, aunque hubieran renunciado a la sucesión.”⁸⁵

6) Pruebas. Se intentará probar la vinculación biológica entre el hijo y el supuesto padre ya sea con prueba directa o con presunción. En este orden de ideas, con fundamento en el artículo 341 del cuerpo legal en cita son admisibles para probar esta acción y por tanto la filiación, todos los medios de prueba establecidos por la ley en comento, con las restricciones que en ella misma se establecen. Sin embargo, cabe resaltar lo estipulado por el artículo 382, el cual además de reiterar que la maternidad y la paternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios, contiene una presunción a favor del hijo que intente la acción y una sanción al padre o madre al que se le pretenda imputar la paternidad o la maternidad según sea el caso: “...Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos

⁸⁴ Ibidem. p. 187.

⁸⁵ Ibidem. p. 188.

científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre”.

2.4.3 Acción de impugnación o desconocimiento de la paternidad.

Por lo que respecta a este punto cabe resaltar que en la doctrina, autores como Manuel F. Chávez Asencio señalan que en realidad en nuestra legislación (y pese a que ésta sólo hable de impugnación) en realidad se contienen dos acciones: Una de contradicción y otra de desconocimiento de paternidad, teniendo ambas en común el hecho de que en ninguna se duda de la legitimidad del matrimonio. A continuación haremos referencia a cada una de ellas.

Acción de contradicción de paternidad.- Recordemos que al hablar de la filiación matrimonial, hicimos referencia a las presunciones contenidas en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal comentadas en líneas precedentes y explicamos que ambas presunciones implícitamente contenían una nueva presunción consistente en que “es padre quien fecunda el óvulo”. De tal suerte que es en específico esta última presunción la que se pretende desvirtuar mediante el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad en primera instancia y como consecuencia de ello las contenidas en las fracciones I y II del precepto invocado. Esto es así, porque con fundamento en el artículo 325 del Código citado lo que el cónyuge varón tendrá que demostrar es que no pudo tener acceso carnal con su mujer en el período legal de la concepción, es decir, durante los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento, por tanto que no pudo fecundar el óvulo y como consecuencia de ello que no es el padre de la criatura que se le pretende imputar no resultando ciertas las presunciones contenidas en el numeral 324. A continuación, explicaremos diversas situaciones que de presentarse, deben probarse para desvirtuar la presunción señalada.

a) Imposibilidad de cohabitación. Recordemos que el artículo 325 señala que contra las presunciones establecidas en el artículo 324, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su mujer durante el periodo legal de la concepción. En este orden de ideas, uno de los motivos que pudo hacer que el cónyuge varón incurriera en la posibilidad citada es precisamente que no hubiese podido cohabitar con su mujer en el tiempo señalado por las razones que se deseen ya sea porque el marido hubiese estado ausente durante aquella época por trabajar en ciudad diversa, porque hubiese estado en prisión entre otras razones. De manera que probada la no cohabitación de los cónyuges durante todo el referido periodo queda demostrado que el varón de la pareja no pudo haber tenido relaciones sexuales con su mujer y por tanto tampoco pudo fecundar el óvulo, entonces no es el padre del hijo que se le imputa, queda desvirtuada la presunción citada y con ello las contenidas en el artículo 324 del Código Civil en comento.

b) Adulterio. En primera instancia tal y como lo señala el artículo 326 del ordenamiento jurídico en cita, el que el cónyuge varón alegue adulterio de su esposa no es suficiente para que pueda también impugnar la paternidad respecto de los hijos procreados, incluso si la misma madre declara que no son hijos de éste. Para poder impugnar tal paternidad, el artículo en comento señala que además de alegar el adulterio de su mujer deben presentarse las siguientes situaciones:

1.- Que el nacimiento del supuesto hijo se le haya ocultado o bien

2.- Que demuestre que no tuvo relaciones sexuales con su mujer en todo el periodo legal de la concepción.

Baste sólo mencionar las situaciones anteriores como ejemplos de en que casos podría presentarse la impugnación de la paternidad vía acción de contradicción, reiterando que tal impugnación se encuentra abierta.

Acción de desconocimiento de la paternidad.- Ésta acción al decir del maestro Manuel F. Chávez Asencio, es aquella que se refiere a la impugnación del hijo nacido después de 300 días de la separación de los consortes por disposición judicial. Además del caso del hijo nacido después de 300 días de disuelto el matrimonio. A continuación haremos referencia a las mismas.

1.- Nacido después de los 300 días siguientes a la separación conyugal por orden judicial.

Autores como el maestro Manuel F. Chávez Asencio, señalan que no puede asegurarse que el hijo nacido después de los 300 días siguientes a la separación conyugal por orden judicial no sea del marido. Esto porque de hecho el matrimonio subsiste ya que aún no ha sido disuelto y por tanto opera la presunción del artículo 324 en su fracción I, de tal suerte que para desvirtuar tal presunción el marido tendría que negar al hijo como suyo vía acción de desconocimiento de paternidad.

La posibilidad de este desconocimiento radica en que en virtud de una orden judicial (que puede haberse dictado como acto prejudicial o bien como una medida provisional en el juicio de divorcio) queda suspendido el deber derecho de cohabitación que tienen los cónyuges entre sí, quienes pese a estar unidos en matrimonio, son separados de hecho al ordenarse su no cohabitación. De tal suerte que, sin importar que aunque se encuentren casados, al no habitar ya juntos, se piensa no existe la posibilidad de que entre si hubiesen tenido relaciones sexuales y como consecuencia de éstas hubiesen concebido un hijo suyo. Por ello, si la mujer le imputara a su aun marido la

paternidad de un hijo nacido después de los 300 días de que fuese llevada a cabo la separación de hecho de los consortes por orden judicial, si bien es cierto que aun éstos se encuentran casados y que podría operar la presunción establecida en el artículo 324 fracción primera del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece: “Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio...”, el cónyuge varón puede desconocer la paternidad respecto del hijo en cuestión, argumentando precisamente que durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento le fue físicamente imposible haber tenido relaciones sexuales con su mujer, precisamente como consecuencia de la existencia de la citada orden judicial que impide la cohabitación de la pareja.

Cabe señalar, que los trescientos días se cuentan a partir de que en virtud de la orden judicial quedaron separados de hecho ambos cónyuges, debiendo reunirse los dos requisitos siguientes: **existencia de la orden judicial y separación de hecho.**

2.- Nacidos después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

Por razones semejantes a las ya comentadas, es claro que el hijo nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio no es del marido, ya que no encuadra en ninguna de las presunciones contenidas en las fracciones I y II del artículo 324 del Código en estudio. Esto es así, porque ya no hay matrimonio y el plazo para que la mujer hubiese dado a luz en términos del artículo 324 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal transcurrió en exceso. Sin embargo, al decir del maestro Manuel F. Chávez Asencio es posible que se le impute al ex marido el hijo nacido después de los trescientos días de disuelto el matrimonio obteniéndose el acta de nacimiento correspondiente, que lo acreditase como hijo suyo “...y para combatir esta

falsead, el artículo 329 del C.C. permite que esta cuestión relativa a la paternidad pueda "...promoverse en cualquier tiempo por cualquier persona a quien perjudique la filiación".⁸⁶ Es decir, que tal precepto permite la impugnación de la referida paternidad.

Tal situación es la regla general, pero dicho precepto contiene una excepción de vital importancia para el tema que nos ocupa, consistente en que **esta acción** (acción de impugnación de paternidad en su modalidad de desconocimiento), **no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge**. Es decir, que no importando que el nacimiento del hijo mediante técnicas de reproducción asistida hubiese sido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, y no contando con ninguna de las presunciones establecidas en el comentado artículo 324 fracciones I y II para determinar su filiación paterna, si existiere por algún motivo un acta de nacimiento que pruebe que el padre de la criatura es el excónyuge, el reconocimiento por parte del ex marido o incluso por sentencia que le impute tal paternidad a aquel (cuando el hijo sea producto de una técnica de reproducción asistida de carácter homólogo), la acción de impugnación de paternidad en su modalidad de desconocimiento no prosperará.

Al respecto, creemos que necesariamente la filiación paterna debe estar acreditada por alguno de los medios señalados, porque para impugnar la paternidad es presupuesto indispensable que ésta esté comprobada. Ahora bien, pese a que en la fecundación post-mortem se emplean técnicas de reproducción asistida este artículo en comento no podría aplicarse a los casos de hijos nacidos por éste tipo de fecundación simplemente porque como lo veremos en su momento al nacer el citado hijo no cuenta con una filiación paterna acreditada y posteriormente es complejo, probar aquella.

⁸⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. "Relaciones jurídicas paterno filiales". Op. cit. p. 113.

2.4.3.1 Personas que pueden ejercitarla.

Antes que nada cabe aclarar que las siguientes personas pueden ejercitar la acción de impugnación de paternidad en cualquiera de sus dos modalidades: Desconocimiento o contradicción, pues recordemos que el Código Civil en estudio no hace distinción alguna.

1.- El varón a quien se le imputa la paternidad.- Lo anterior con fundamento en el artículo 330 del Código Civil en estudio, el cual señala que debe deducir la acción en estudio dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo atribuido. Tal límite de tiempo es aplicable a todos los casos en que el varón desee impugnar su paternidad.

2.- El tutor.- Según el artículo 331 del ordenamiento legal en cita, el tutor del varón en el caso de que éste último se encuentre en alguna de las causas de incapacidad que señala el artículo 450 fracción II puede ejercitar la acción en comento. Aclarando que si tal tutor no ejercitare esta acción podrá hacerlo el varón después de haber salido de la tutela, en un plazo de sesenta días contados a partir de que se declare legalmente que cesó el impedimento que se tenía. Es de hacer notar que la ley para intentar esta acción no le establece al tutor un plazo determinado dentro del cual debe ejercitarla.

3.- Los herederos.- Los herederos del cónyuge varón, ya sean testamentarios o legítimos, **cuando aquel hubiese muerto incapaz** teniendo o no tutor, podrán impugnar la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre, con fundamento en el artículo 332 del Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, y con excepción del caso citado, los herederos del cónyuge varón no pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no hubiese interpuesto esta demanda.

En los demás casos, si el cónyuge falleció sin interponer demanda alguna dentro del término que le confiere la ley para ello, los herederos tendrán para interponer la demanda, 60 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 perturbados por el hijo en la posesión de la herencia tal y como lo ordena el artículo 333 del Código en comento.

4.- Por cualquier persona a quien perjudique la filiación.- Este es un caso de excepción previsto en el artículo 329 del cuerpo legal invocado el cual señala que: “Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio...” se podrán promover por cualquier persona a quien perjudique la filiación y en cualquier tiempo. Sin embargo, esta acción no prosperará si el cónyuge consintió expresamente en el uso de métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Finalmente baste agregar que el desconocimiento de un hijo de parte del marido o de sus herederos, se tendrá que hacer por demanda ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo tal y como lo establece el artículo 335 del Código en comento. Las partes en el juicio serán: El marido por su propio derecho o su herederos; son demandados y serán oídos la madre y el hijo a quien si fuera menor se le designará un tutor interino tal y como se ordena en el artículo 336 del Código en estudio. “El hijo es el demandado por excelencia. La sentencia que se dicte cambiará su estado familiar, pues de obtener sentencia favorable el padre, dejará de ser hijo de matrimonio y se le privará de todos los deberes, derechos y obligaciones que nacen de esa filiación”.⁸⁷

2.4.4 Acción de reclamación de estado de hijo.

⁸⁷ Ibidem. p. 116.

Mediante esta acción se pretende probar por un lado y obtener por otro una sentencia que declare que una determinada persona cuenta con la posesión de estado de hijo. Tal acción esta contenida en los artículos 343 del Código Civil para el Distrito Federal el cual a grandes rasgos nos señala (como lo estudiamos en el punto 2.2.2. del presente trabajo) cuales son los elementos que deben acreditarse para tener por probada tal posesión y en el artículo 347 del mismo ordenamiento el cual señala que la misma es imprescriptible para el hijo y sus descendientes.

Es importante comentar que nosotros consideramos que dicha acción puede ser intentada (además de las personas que más adelante se estudiarán) tanto por los hijos nacidos dentro de matrimonio como por los hijos extramatrimoniales, pues el artículo 343 referido no hace distinción alguna al respecto y basta que se comprueben los requisitos que en el mismo se establecen para tener por acreditada tal posesión.

Se dice que al ejercitar esta acción existe la presunción de que el hijo ha sido desconocido por sus padres, al no haber declarado su nacimiento ante el Juez del Registro Civil y no contar con el acta de nacimiento, (según señala el maestro Manuel F. Chávez Asencio). Pues recordemos que la posesión constante de estado de hijo prueba de manera supletoria la filiación de una persona a falta del acta de nacimiento correspondiente. Por regla general, quien esté gozando la posesión constante de hijo no requiere iniciar acción alguna. Ya que sin declaración judicial su estado de familia se encuentra públicamente reconocido; el nombre y el trato son constantes y no requiere actuar ante tribunales. Sin embargo, puede darse el caso en que por virtud de la herencia de los fallecidos padres, se pretenda por parte del hijo acreditar el entroncamiento con aquellos, en cuyo caso corresponderá a éste último el ejercitar esta acción para probar la posesión de estado de hijo de la cual goza. De ahí de contar con la utilidad de una sentencia que declare tal filiación.

- Personas que pueden ejercitarla.-

1.-El hijo.- Ya que la acción para reclamar el estado de hijo es personalísima durante la vida de aquel, perdiendo este carácter a su muerte. Ningún otro interesado aun cuando se considere perjudicado, puede intentar tal acción durante la vida del hijo. Tal acción para el hijo es imprescriptible (artículo 347 ordenamiento jurídico en estudio).

2.-Sus descendientes.- Faltando el hijo sus descendientes pueden intentar la acción en cualquier tiempo ya que según el artículo 347 esta acción para ellos es imprescriptible.

3.-Sus herederos.- Según el artículo 348 del Código Civil citado los herederos podrán intentar tal acción en los siguientes casos: Si el hijo ha muerto antes de cumplir 22 años y si el hijo presentó, antes de cumplir los 22 años, incapacidad de ejercicio y murió después en el mismo estado.

Además cabe señalar que si el hijo intentó tal acción en vida, sus herederos podrán continuarla y también podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación (artículo 349 Código en comento).

4.-Sus acreedores, donatarios y legatarios.- Ya que el artículo 350 les confiere los mismos derechos contemplados para los herederos en los artículos 348 y 349 del Código Civil para el Distrito Federal ya comentados. Siempre y cuando el hijo en cuestión no hubiese dejado bienes suficientes para pagarles.

Finalmente, es de resaltar que para los herederos, acreedores, legatarios y donatarios tal acción prescribirá a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo con fundamento en el artículo 351 del Código en cita, además de que tal acción debe intentarse en contra de ambos progenitores

para evitar una declaración de filiación unilateral. En caso de que hubiesen muerto los padres o uno de ellos deberá adicionalmente demandarse a los herederos.

Capítulo III

Efectos jurídicos de la filiación.

Los efectos jurídicos de la filiación, al decir de la autora Sara Montero Duhalt son los siguientes:

1. Derecho al nombre (padres e hijos llevan el mismo apellido)
2. Alimentos.
3. Sucesión legítima
4. Patria potestad.

A continuación estudiaremos cada uno de los anteriores.

3.1 Derecho al nombre.

El nombre.- “Es el signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales”.⁸⁸

Al decir del maestro De Pina, el nombre civil está compuesto del nombre propio (Juan, Pedro, etc.) y del nombre de familia o apellidos (Rodríguez, Fernández, Martínez, etc.).

“El modo de adquisición del nombre de familia es la filiación. El nombre propio se impone a la persona por la voluntad de sus familiares; el de familia, viene determinado forzosamente, sin que pueda cambiarse por capricho”.⁸⁹

⁸⁸ DE PINA, Rafael. Elementos de derecho civil mexicano. “Introducción, personas, familia.” Volumen I. Vigésimo tercera edición. Porrúa. México. 2004. p. 210.

⁸⁹ Ídem.

En este orden de ideas, como ya lo indicamos con anterioridad, el modo de adquirir el nombre de familia es determinando la filiación, por ello nuestro Código Civil para el Distrito Federal tomando en cuenta tal situación establece que el hijo nacido, sin importar que sus padres se encuentren casados o no (pues como ya lo estudiamos el Código en comento no hace distinción entre los hijos independientemente del origen de su filiación) tiene derecho con fundamento en el artículo 58 del Código Civil en comento a que en su acta de nacimiento se asienten el nombre o nombres propios y los apellidos paterno y materno que le correspondan.

De igual forma, el hijo reconocido tiene derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca tal y como lo señala el artículo 389 del Código en comento en su fracción I. El hijo adoptado en este mismo sentido tiene derecho a llevar el apellido de quien lo adopta, salvo que en circunstancias específicas no se estime conveniente tal y como lo dispone el artículo 395 del cuerpo normativo multicitado.

Es por las razones antes citadas, que una vez determinada la filiación de una persona por los medios legales existentes, y como consecuencia directa de ésta, que surge el derecho para los hijos a llevar el nombre de familia de sus padres.

3.2 Alimentos. Concepto.

Alimentos.- “Los elementos materiales que requiere un persona para vivir como tal.”⁹⁰

Antes de entrar de lleno al estudio del presente capítulo, nos parece importante señalar que en el desarrollo del mismo, más que al concepto de

⁹⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p.59

alimentos en sí nos referiremos (siguiendo a la autora Sara Montero Duhalt) al concepto de obligación alimentaria. Esto, por parecernos un término más adecuado en el campo jurídico, la cual podemos definir como:

Obligación alimentaria.- “Deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario, de proveer a otro llamado acreedor alimentista, de acuerdo con la capacidad del primero y las necesidades del segundo, en dinero o en especie, lo necesario para subsistir.”⁹¹

En este orden de ideas, como más adelante lo veremos, por un lado y dado el principio de reciprocidad que rige a los alimentos, está la obligación alimentaria antes definida pero visto desde el ángulo del acreedor alimentario tal obligación se convierte en derecho, mismo que podemos definir de la siguiente manera: Derecho de alimentos.- “... es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.”⁹²

Sin embargo, lo que a continuación estudiaremos respecto del tema en cuestión es aplicable tanto a la obligación alimentaria como al derecho de alimentos. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal regula tal aspecto en sus artículos 301 al 323.

3.2.1 Contenido del deber de alimentos.

Al decir de la doctrina y de nuestra legislación los alimentos comprenden no sólo la comida sino también el vestido, la habitación, y la asistencia en caso

⁹¹ Ídem.

⁹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. “Derecho de familia”. Tomo II. Novena edición. Porrúa. México. 1998. p 165.

de enfermedad tal y como lo establece el artículo 308 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su fracción primera que señala:

Artículo 308. Los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

Sin embargo, el citado artículo en su fracción segunda contempla además para los menores los gastos inherentes a su educación, así la citada fracción establece: II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

En este orden de ideas, es de resaltar la especial atención que tal precepto realiza en sus fracciones tercera y cuarta respectivamente al referirse a las personas con discapacidad o en estado de interdicción y a los adultos mayores al contemplar, igualmente dentro del concepto de alimentos: Lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo. Por lo que se refiere a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica comprenden además de todo lo necesario para su atención geriátrica, los alimentos en sí, los cuales se procurará sean otorgados integrándolos a la familia.

Cabe comentar que además de los conceptos señalados en el artículo 308 en comento, los gastos funerarios derivados del deceso del acreedor alimentista también son considerados como alimentos y deberán ser pagados por aquellos que hubieren tenido la obligación de alimentarlo en vida. Tal y como establece el artículo 1909 del Código en comento.

3.2.2 Cuantía de la obligación.

Por lo que respecta a este punto, podemos decir que: "...la determinación de la cuantía de la obligación alimentaria es cuestión que queda sujeta a la apreciación del juzgador, sin que puedan señalarse de antemano las circunstancias que deben tomarse en consideración, porque éstas son diversas en cada caso..."⁹³ Sin embargo, este tema se encuentra íntimamente ligado con una de las características de la obligación alimentaria, la reciprocidad reconocida por nuestra legislación en el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 311 el cual nos señala que: "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos...". Además en los casos de divorcio necesario, el juez al sentenciar al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, deberá observar las circunstancias señaladas por el artículo 288 del Código en estudio entre las cuales destacan: 1) La edad y el estado de salud de los cónyuges, 2) Su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo entre otras. Reiterándose con ello que la determinación de la cuantía de la obligación alimentaria queda en manos del juzgador y las situaciones que éste tome en cuenta para determinarla varían en cada caso concreto.

3.2.3 Fuentes de la obligación.

Según la doctrina, son fuentes de la obligación alimentaria: 1.- El parentesco, 2.- El matrimonio, 3.- El concubinato, 4.- El divorcio, 5.- El derecho sucesorio y, 6.- Por convenio.

A continuación haremos referencia a cada una de las anteriores.

⁹³ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 62.

1.-El parentesco.- “Los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco...”⁹⁴

Sin embargo, el parentesco por afinidad como bien lo señala el maestro Rafael Rojina Villegas en su obra citada no engendra en nuestra legislación, el derecho y obligación de alimentos. Por lo que respecta al parentesco consanguíneo y civil éstos si generan la obligación alimentaria tal y como lo establecen los artículos 303 al 307 del Código Civil en estudio, mismos a los que haremos referencia en líneas posteriores.

2.- El matrimonio.- Ésta figura jurídica es fuente de la obligación alimentaria en términos del artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal que en su parte conducente señala: “Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos...”.

3.- El concubinato.- La unión entre el concubino y la concubina igualmente es fuente de la obligación alimentaria, en términos del artículo 291 Quater del ordenamiento legal en cita, el cual en su parte conducente señala: “El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios...”.

4.- El divorcio.- La disolución del vínculo matrimonial ya sea mediante el divorcio necesario o bien por el denominado divorcio voluntario, es fuente de la obligación alimentaria, en términos del artículo 288 del Código en comento que en su parte conducente señala: Artículo 288. “En los casos de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar sentenciará al cónyuge culpable al pago de alimentos a favor del cónyuge inocente, tomando en cuenta las circunstancias del caso...”. En tanto que igualmente, el citado artículo indica: “En el caso de divorcio voluntario por vía judicial, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no

⁹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael.Op. cit. p. 165.

tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato”.

Cabe resaltar que en el caso del divorcio administrativo, éste no constituye fuente de la obligación alimentaria propiamente dicha porque recordemos que uno de los requisitos que se establecen para su procedencia es que ninguno de los cónyuges requiera de alimentos. Lo anterior con fundamento en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal.

5.- El derecho sucesorio.- Éste es fuente de la obligación alimentaria toda vez que el testador puede poner como condición en su testamento el dejar a alguien una pensión alimenticia periódica por el tiempo en que éste permanezca soltero o viudo. Lo anterior con fundamento en el artículo 1359 del Código en comento.

6.- Por convenio.- Esto porque contratos como el de renta vitalicia constituyen fuente de la obligación alimentaria en términos del artículo 2774 y 2787 que en su parte conducente establecen:

Artículo 2774. “La renta vitalicia es un contrato aleatorio por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas...”

Artículo 2787. “Si la renta se ha constituido para alimentos, no podrá ser embargada sino en la parte que a juicio del juez exceda de la cantidad que sea necesaria para cubrir aquéllos...”

3.2.4 Características de la obligación alimentaria.

Al decir de la autora Sara Montero Duhalt la obligación alimentaria tiene las siguientes características: 1) Es recíproca, 2) Sucesiva, 3) Divisible, 4) Personal e intransmisible, 5) Indeterminada y variable, 6) Alternativa, 7) Imprescriptible, 8) Asegurable, y 9) Sancionado su incumplimiento.

1.- Recíproca.- Porque el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos. Tal característica está reconocida en el artículo 301 del Código en comento. Sin embargo, esta regla tiene sus excepciones, ya que no existirá reciprocidad en los siguientes casos:

A) Cuando los alimentos tienen como fuente un acto testamentario, puesto que por su propia naturaleza no puede existir reciprocidad.

B) Cuando los alimentos tienen por origen un convenio, ya que en éste se estipula claramente quien será el acreedor y quien el deudor.

C) En los casos de divorcio, cuando la sentencia obliga a uno sólo de los exconyuges a pagar alimentos a favor del otro.

2.- Sucesiva.- Ya que la ley establece el orden de los sujetos obligados a proporcionar alimentos, indicando que sólo a falta o por imposibilidad de los llamados en primer lugar entraran los siguientes. Tal característica se aprecia en nuestro Código en estudio en los artículos 303 a 306.

3.- Divisible.- Dado su divisibilidad la obligación alimentaria es susceptible de fraccionarse entre los diversos deudores que en un momento determinado están obligados para con el acreedor.

4.- Personal e intransmisible.- Al decir de la autora Sara Montero Duhalt, tiene esta característica por surgir de la obligación familiar que existe entre los

sujetos de la obligación alimentaria. Esto es así porque el carácter de cónyuge o pariente es personal e intransmisible, por ello la obligación en estudio también lo es.

Sin embargo, la doctrina hace una distinción entre la intransmisibilidad de la obligación alimentaria en vida, la cual es totalmente aceptada (ya que no se puede hacer cesión de deuda alimentaria a otra persona) (como lo indica igualmente la autora señalada), y la intransmisibilidad de la obligación para después de la muerte del deudor. Existen autores partidarios de la transmisión de la citada obligación a los herederos del deudor, y otros que indican que aquella se extingue con su muerte. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, al respecto no asume una u otra postura. Sin embargo, consideramos que tal obligación sólo es transmisible al tratarse de una sucesión testamentaria (la deuda tendrá que cubrirse con la masa hereditaria del difunto) en el caso que no exista otro deudor al cual puedan los acreedores alimentarios exigirle el cumplimiento de la obligación. Esto con fundamento en el artículo 1369 del Código citado, ya que de existir otros deudores no habrá declaración de testamento inoficioso y la obligación alimentaria no se pagará con la masa hereditaria del difunto.

5.- Indeterminada y variable.- Porque la ley no puede de manera general fijar un monto que la cubra en su totalidad, ya que debe atenderse a las particularidades del caso concreto, es decir, se debe de atender a conocer cuales son las necesidades de los acreedores alimentistas y las posibilidades económicas de los deudores.

6.- Alternativa.- Porque el obligado puede cumplir con la obligación alimentaria ya sea que pague una pensión alimenticia en dinero, o bien que incorpore a su familia al acreedor alimentario. Situación que está prevista en el artículo 309 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo, el artículo 310 del citado ordenamiento establece dos excepciones a lo antes dicho. Así, el deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia al acreedor alimentario cuando: 1) Se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro y 2) Cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación.

7.- Imprescriptible.- Porque así lo establece el artículo 1160 del Código Civil en comento al señalar que: “La obligación de dar alimentos es imprescriptible”. **La obligación de alimentos surge “...cuando coinciden los dos elementos de necesidad de un sujeto y la posibilidad de otro relacionados entre sí por lazos familiares. Por ello, la misma subsistirá mientras estén presentes esos factores, independientemente del transcurso del tiempo”**⁹⁵

8.- Asegurable.- Porque el cumplimiento de la obligación alimentaria es susceptible de asegurarse, mediante las garantías que la ley establece como son: la hipoteca, fianza, prenda o depósito de cantidad bastante que cubra los alimentos. Tal y como lo contempla el artículo 317 del cuerpo legal en comento.

9.- Sancionado su incumplimiento.- Porque existen normas familiares e incluso de carácter penal que sancionan el incumplimiento de la obligación alimentaria, tipificando delitos como el abandono de personas.

3.2.5 Derecho a percibir alimentos.

Recordemos, que en cuanto al tema de alimentos existe dado su carácter recíproco no sólo la obligación de una persona a proporcionarlos, sino también el derecho de ésta a percibirlos, es decir, existe un deber-derecho íntimamente relacionado. Así, a continuación hablaremos acerca de las características que

⁹⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 67

de manera especial tiene el derecho a percibir alimentos, las cuales son muy parecidas a las estudiadas de la obligación alimentaria, ya que al igual que en ésta el derecho a percibir alimentos es: recíproco, sucesivo, divisible, personal e intransferible, indeterminado y variable, de la misma manera en que lo es la obligación alimentaria. Sin embargo, es necesario aclarar la siguiente característica del derecho en comento, la cual pese a ser semejante a los de la obligación alimentaria, cuenta con la siguiente peculiaridad:

1.- Derecho personal e intransferible.- Como bien lo señala la autora Montero Duhalt, el derecho a percibir alimentos es personal ya que se tiene en razón de las circunstancias propias del sujeto, por su calidad de familiar con su deudor. **“...Por la misma razón es intransferible tanto en la vida como por causa de muerte. Si cierto aspecto de la obligación alimentaria señalamos que pueden transmitirse *mortis causa*, no así el derecho, que desaparece totalmente con la muerte del acreedor.”** ⁹⁶

En este orden de ideas, una vez aclarado lo anterior enunciaremos las características que según la autora en comento son propias del derecho a percibir alimentos las cuales son: el ser inembargable, irrenunciable, intransigible, y no susceptible de compensación.

2.- Inembargable.- Porque “...la finalidad de la pensión alimenticia consiste en proporcionar al acreedor los elementos necesarios para subsistir, la ley ha considerado que el derecho a los alimentos es inembargable, pues de lo contrario sería como privar a la persona de lo necesario para vivir”. ⁹⁷

3.- Irrenunciable e intransigible.- Porque así lo establece el artículo 321 del Código en estudio que señala: “El derecho de recibir alimentos no es

⁹⁶ Ibidem. p. 68

⁹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. cit. p. 172.

renunciable, ni puede ser objeto de transacción”. Además el artículo 2950 del mismo ordenamiento señala en su parte conducente: “Será nula la transacción que verse: Fracción V. Sobre el derecho de recibir alimentos”. El porque del carácter irrenunciable del derecho a percibir alimentos, lo encontramos en que sería como renunciar a la vida, ya que el derecho referido tiene como principal finalidad allegarle a su titular los medios necesarios para poder subsistir, por ello tampoco es transigible puesto que: “...El alimentista que necesita forzosamente de los alimentos no está en aptitud de disminuirlos mediante la transacción puesto que el contenido de los alimentos es siempre el mínimo para sobrevivir.”⁹⁸ Sólo el artículo 2951 del Código citado establece que podrá haber **transacción, sobre las cantidades que ya sean debidas por alimentos**. Esto es así porque la transacción ya no implica un peligro para la subsistencia del alimentista puesto que con deudas o de la forma que sea ya los devengó y sobrevivió.

3.2.6 Sujetos de la obligación alimentaria.

Las personas que están recíprocamente obligadas a proporcionarse alimentos en vida son las siguientes: cónyuges, concubinos, ascendientes y descendientes sin limitación de grado, colaterales consanguíneos hasta el cuarto grado, adoptante y adoptado.

A) Cónyuges.- Los cónyuges son los primeros obligados a darse alimentos recíprocamente, esto con fundamento en el artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal el cual en su parte conducente señala: “Los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos...”. Ahora bien, el referido precepto señala que la ley determinará cuando tal obligación quedará subsistente en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la propia ley señale.

⁹⁸ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 69.

B) Concubinos.- Como lo señala el artículo 302 en relación con el artículo 301 del cuerpo jurídico en comento, los concubinos están obligados a proporcionarse alimentos recíprocamente. Posición que reitera el artículo 291 Quáter que señala: “El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios...”. Cabe señalar que no únicamente durante la existencia del concubinato se encuentra presente la obligación alimentaria, sino también incluso al cesar la convivencia, ya que con fundamento en el artículo 291 Quintus la concubina o el concubinario que carezcan de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. Siempre y cuando el concubino en cuestión no hubiese sido ingrato, o viva en concubinato o hubiese contraído matrimonio.

C) Ascendientes y descendientes.- Tales personas se encuentran obligadas a proporcionar alimentos, y a su vez tienen el derecho a recibirlos, esto en atención a los artículos 303 y 304 del Código Civil para el Distrito Federal, que en su parte conducente señalan: 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 grado.”. En tanto que el artículo 304 indica: “Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

Como se desprende de la lectura de ambos preceptos la obligación alimentaria entre ascendientes y descendientes se establece y subsistirá mientras exista un necesitado de percibir alimentos y una persona con capacidad para proporcionarlos. Baste agregar que “...una vez establecida la

filiación por los medios legales, surge concomitante la obligación alimentaria recíproca entre padres e hijos.”⁹⁹

D) Colaterales.- A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes a los que nos hemos referido la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre (medios hermanos). Faltando los parientes que hemos mencionado, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado. Tal y como lo indica el artículo 305 del Código en estudio. Tal obligación que tienen los parientes señalados la reitera el artículo 306 del mismo ordenamiento, que en su parte conducente señala: “...tienen la obligación de proporcionar alimentos a los menores o discapacitados, éste último supuesto incluye a los parientes adultos mayores hasta el cuarto grado.”

E) Adoptante y adoptado.- Tanto el adoptante como el adoptado tienen la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen los padres y los hijos, tal y como lo establece el artículo 307 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.2.7 Cesación del deber de prestar alimentos legales.

Respecto a éste punto, debemos remitirnos al artículo 320 del Código Civil para el Distrito Federal el cual nos establece cuando se suspende o cesa, la obligación de dar alimentos, por cualquiera de las siguientes causas :

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla;
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos;

⁹⁹ Ibidem. pp. 75 y 76.

- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad;
- V. Si el alimentista sin el consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables; y
- VI. Las demás que señale este Código u otras leyes.

Cabe señalar que en el caso de la fracción uno del artículo antes referido, lo que en realidad acontece no es una cesación del deber de dar alimentos, si no una suspensión temporal de tal obligación, ya que de modificarse la situación prevista en la citada fracción renacería la obligación de prestar alimentos. “El obligado que en un momento dado no tiene elementos para cumplir, deja de estar obligado mas, creciendo su fortuna y persistiendo la necesidad de la contraparte, la obligación vuelve a actualizarse.” ¹⁰⁰

Lo mismo sucede al tratarse de la fracción segunda ya que si el acreedor se vuelve autosuficiente, no tiene sentido el otorgamiento de una pensión alimentaria, pero si vuelve a convertirse en indigente (sin su culpa), la obligación resurge.

Por lo que se refiere a las verdaderas causas de extinción de la obligación alimentaria, las podemos encontrar en las fracciones III, IV y V ya que en “...los casos de injuria, falta o daño grave inferido al alimentante, el derecho del alimentista se pierde por su ingratitud, ya que sería ilógico que a pesar de tales hechos, que incluso pueden llegar a ser constitutivos de un delito, el ofendido siguiese ministrando alimentos a su ofensor...” ¹⁰¹ Por lo que respecta a la fracción IV “... la razón de la extinción de la obligación es clara, toda vez que en el primer supuesto, su necesidad es el resultado del libertinaje

¹⁰⁰ Ibidem. p. 78

¹⁰¹ Ídem.

y, concederle alimentos sería tanto como aprobar su conducta culposa...”¹⁰² En tanto que en la segunda hipótesis, como la necesidad de alimentos del supuesto acreedor alimentista es el resultado de su falta de aplicación al estudio produciendo tal estado de necesidad por su culpa, estimamos que este individuo no tiene derecho a alimentos, ya que el mismo provocó su necesidad alimentaria, pudiendo evitarla al haber estudiado y en consecuencia tener mayor facilidad de acceso a un empleo.

3.3 Ejercicio de la patria potestad.

Antes que nada conviene definir la figura jurídica en estudio de la siguiente manera:

Patria potestad.- Es “el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.”¹⁰³

Actualmente se dice que la naturaleza jurídica de la patria potestad es el ser una función, que ejercen los padres o abuelos, en su caso para la protección de los hijos. En este orden de ideas, podemos reiterar que “...la patria potestad es una función, de orden público, que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres o los abuelos en sustitución de aquéllos, para la custodia, formación integral del menor y administración de sus bienes.”¹⁰⁴

3.3.1 Características de la patria potestad.

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ DE PINA, Rafael. Op. cit. p. 375

¹⁰⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Op. cit. p. 274.

A continuación siguiendo al maestro Manuel F. Chávez Asencio de manera muy breve, enunciaremos algunas de las características con las cuales cuenta ésta figura jurídica. Tales son:

1. Es personal.- Porque es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos a través de terceros.

2. Es obligatoria.- Porque de la patria potestad no pueden desligarse los padres.

3. Es una representación total.- Porque los que la ejercen representan la persona del menor y sus bienes.

4. Es temporal.- Porque termina cuando se dan los supuestos establecidos en la ley.

5. Irrenunciable.- Porque así lo establece el Código Civil en estudio en su artículo 448, el cual señala que tal institución no es renunciable, es tan sólo excusable, cuando las personas a quienes corresponde su ejercicio se encuentran en los siguientes supuestos: 1) Cuando tengan sesenta años cumplidos y 2) Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

6. Intransmisible.- Porque los derechos y obligaciones que integran la misma están fuera del comercio, no son materia de transacciones y sólo corresponde su ejercicio a los padres y abuelos.

3.3.2 Personas que ejercen la patria potestad.

La patria potestad sobre los hijos, con fundamento en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal se ejerce por las siguientes personas:

Por los padres.- Cuando por cualquier otra circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en el Código en cita quienes la ejercerán serán los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el Juez de lo Familiar.

Ahora bien, igualmente es importante comentar que tratándose de hijos adoptivos, la patria potestad únicamente la ejercerán las personas que los adopten como lo señala el artículo 419 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.3.3 Personas sujetas a la patria potestad.

Están sujetos a la patria potestad los hijos menores de edad no emancipados, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, según lo establece el artículo 412 del Código en estudio.

3.3.4 Efectos de la patria potestad.

Los efectos de la patria potestad, están relacionados con las personas y los bienes. Mismos que de manera breve estudiaremos a continuación.

3.3.4.1 Efectos con relación a las personas.

Aquí a su vez cabe hacer la distinción entre las personas sometidas a la patria potestad y las personas que la ejercen.

A) Respecto a los sometidos a la patria potestad.

Uno de los efectos de la figura jurídica en estudio, respecto de los hijos que están sometidos a la misma, como bien lo establece el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, en su párrafo primero es el respeto y consideración que los hijos deben guardar a sus ascendientes, en especial a sus padres y abuelos, independientemente del estado, edad o condición de aquellos.

Otro efecto que es producto de la patria potestad respecto de las personas sobre las que se ejerce es la obligación contenida en el artículo 421 del ordenamiento jurídico antes señalado que tiene el hijo en el sentido de que mientras éste estuviere en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Aunado a lo anterior, encontramos un tercer efecto como consecuencia de la patria potestad respecto de los hijos sujetos a la misma, en el sentido de que les está prohibido comparecer a juicio y contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso resolverá el juez, prohibiciones ambas contenidas en el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es de hacer hincapié, que los dos últimos efectos mencionados han sido legalmente impuestos, para "...evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si pudiese dejar su hogar sin la autorización y consejo debidos a contraer obligaciones de cualquier género que pudiesen comprometer gravemente su patrimonio." ¹⁰⁵

B) Respeto de las personas que la ejercen.

¹⁰⁵ DE PINA, Rafael. Op. cit. p. 380.

El primer efecto que podemos mencionar es el ya explicado respecto de las personas que se encuentran sujetas a la patria potestad contenido en el artículo 411 del Código en comento, pero ahora desde el punto de vista de los ascendientes quienes deben de respetar y considerar a sus descendientes, cualquiera que sea su estado, edad, y condición.

En este orden de ideas, podemos señalar un segundo efecto de las personas que la ejercen (padres o abuelos, según sea el caso) quienes tendrán el llamado derecho de custodia respecto del menor sujeto a la figura jurídica en estudio. La custodia es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados. "...Significa, tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado."¹⁰⁶ Por ello es necesario que el menor cohabite con sus padres, situación que ha sido reconocida por el ordenamiento jurídico en estudio en su artículo 421 el cual establece que: "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente." Esto es así porque en virtud de la custodia que los padres tengan de sus hijos, podrán no sólo protegerlos, sino también educarlos y corregirlos cuando sea necesario.

Finalmente, mencionaremos un último efecto de la patria potestad respecto de las personas que la ejercen relacionado al posible matrimonio que quisieran llevar a cabo los menores sujetos a ella. Tal efecto consiste en el deber que tienen los padres de otorgar su consentimiento, si no existen razones fundadas para negarlo, cuando sus hijos al llegar a los 16 años pretendieran contraer matrimonio. Situación que se encuentra contemplada en el artículo 148 del Código en cita.

¹⁰⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. "Relaciones jurídicas paterno filiales". Op. cit. p. 289.

Una vez explicado lo anterior, continuaremos el estudio de los efectos de la patria potestad, respecto de los bienes del hijo.

3.3.4.2 Efectos con relación a los bienes.

Los principales efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo son la representación y la administración. Comenzaremos por explicar ésta última de la siguiente manera:

A) La administración de los bienes del hijo.

- Personas facultadas para administrar.

Respecto a este punto es importante señalar de manera inmediata que quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo con fundamento en el artículo 425 del Código Civil en estudio. Esto es así porque: “Los menores, aunque no tengan plena capacidad, pueden ser titulares de derechos y propietarios de bienes, pero carecen de la capacidad de ejercicio que les impide administrar y disponer de los mismos, por lo que se requiere de la representación legal y la facultad de administración se confiere por ley a los que ejercen la patria potestad.”¹⁰⁷

Cabe señalar que cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento de forma expresa para los actos más importantes de la administración tal y como lo ordena el artículo 426 del cuerpo normativo citado.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 305.

Bienes del hijo susceptibles de ser administrados. La obligación de administrar los bienes no comprende necesariamente la gestión de todo el caudal del hijo, ya que los bienes de éste mientras esté sujeto a la patria potestad, se dividirán con fundamento en el artículo 428 del Código Civil para el Distrito Federal, en dos clases: 1) Bienes que adquiere por su trabajo y 2) Bienes que adquiriera por otro título.

1) Bienes adquiridos por su trabajo. Estos bienes le pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo (artículo 429 del Código comentado) y respecto de su administración se considerará como emancipado a aquél. Tal y como lo ordena el artículo 435 del Código Civil enunciado el cual en su parte conducente señala: “Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar, o hipotecar bienes raíces.” Tal restricción consiste en contar con autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes, tal y como lo dispone el artículo 643 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal.

2) Bienes que adquiriera por cualquier otro título. Los bienes adquiridos por cualquier otro título (donación, herencia, don de la fortuna) la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, y la administración y la otra mitad del usufructo, a quienes ejerzan la patria potestad. Tal y como lo indica el artículo 430 del Código invocado. Sin embargo, el mismo precepto realiza una excepción a la regla general indicada consistente en: “...si los hijos adquieren bienes por herencia, legado, o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado se estará a lo dispuesto.”

Facultades de los administradores. Quienes ejercen la patria potestad, para el cumplimiento de su responsabilidad tienen la facultad de administrar los bienes de sus hijos, la facultad de dominio respecto de tales bienes (con las limitaciones que el Código Civil para el Distrito Federal establece para tal efecto mismas a las que haremos referencia posteriormente) y la facultad de representar a sus hijos, que comprende las facultades de pleitos y cobranzas.

“...Por lo tanto, en términos generales pueden representarlos dentro y fuera de juicio, reconocer obligaciones, hacer transacciones, hacer enajenaciones, excepto las prohibidas o que requiera autorización judicial, disponer del dinero, aceptar para sus hijos herencias, donaciones, etcétera.”¹⁰⁸

Obligación de los administradores. Son dos las principales obligaciones que el Código Civil en estudio establece para los administradores en comento, en sus artículos 439 y 442 respectivamente. Tales obligaciones son las siguientes: 1) Tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de sus hijos y 2) La de entregar a sus hijos, luego de que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Terminación de la administración. La administración de los bienes del menor emancipado termina al acabarse, perderse o suspenderse la patria potestad. Sin embargo, existe un artículo especial en el ordenamiento jurídico en cita que permite que aunque existiendo la patria potestad, la administración de los bienes por parte de la persona que la ejerce termine, tal artículo es el 435 que señala: “Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado...”. Tocante a este punto cabe hacerse la siguiente pregunta ¿En qué momento puede el padre darle en administración sus bienes al hijo?, el

¹⁰⁸ Ibidem. p. 306.

autor Chávez Asencio comenta: “Estimo que puede hacerse a partir de los catorce años, aplicando lo dispuesto por el artículo 441C.C. que establece en esa edad la facultad para solicitar que el juez de lo familiar tome las medidas necesarias para impedir la mala administración de quienes ejercen la patria potestad; también debe aceptarse que el hijo está capacitado cuando hubiere adquirido otros bienes por su trabajo...”¹⁰⁹

B) Representación. La representación es el segundo efecto de la patria potestad no sólo en lo relativo a los bienes del hijo, sino también en cuanto a su persona. Es claro que el hijo menor de edad es sujeto de derecho, sin embargo, dada su incapacidad por su minoría de edad, requiere para ejercitar sus derechos, contraer y cumplir obligaciones de un representante. Es por ello, que la ley al prever esta situación establece que “los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella” (artículo 425 del Código Civil para el Distrito Federal). Y a semejanza de lo que sucede en relación con la administración de los bienes, puede el padre o la madre indistintamente representar (por lo menos en juicio) al menor, según la interpretación que se haga del artículo 427 del Código en cita que en lo conducente señala: “La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sino es con el consentimiento expreso de su consorte...” de lo que se desprende que indistintamente ya sea el padre o la madre pueden representar en juicio a su hijo, no requiriendo que actúen ambos, sin embargo, para concluir el juicio si se requiere como excepción a la regla general el consentimiento de ambos.

Facultades que otorga la representación. Las facultades de quienes ejercen la patria potestad son amplias: para pleitos y cobranzas, actos de dominio y administración, respecto de la persona del hijo y sus bienes. “En

¹⁰⁹ Ibidem. p. 311.

cuanto a las personas, comprenden todo lo relativo al cuidado y la atención para cumplir los deberes de quienes ejercen la patria potestad...”¹¹⁰ “En el aspecto patrimonial, se tienen las facultades de administración y de dominio con las limitaciones que ya vimos, tanto de administración como de dominio...”¹¹¹

Terminación de la representación. La representación termina hasta la extinción de la institución, pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad.

3.3.4.3 Modo de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad.

De manera general, y por no ser objeto del presente trabajo entrar al estudio de las causas que dan origen a la extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad, únicamente haremos mención de dichas causales.

Modos de acabarse la patria potestad.- Se acaba cuando se actualizan alguno de los supuestos que señala el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal, tales son:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo;
- IV. Con la adopción del hijo;
- V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción...

¹¹⁰ Ibidem. p. 312.

¹¹¹ Idem.

Pérdida de la patria potestad.- La patria potestad se pierde por resolución judicial cuando se actualizan los supuestos que enuncia el artículo 444 del Código en cita, tales son los siguientes: I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 del Código en cita, III. En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida; IV. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días sin causa justificada; V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada; VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.

Suspensión de la patria potestad.- Se suspende, según el Código citado en su artículo 447 en los siguientes casos: I. Por incapacidad declarada judicialmente, II Por la ausencia declarada en forma, III. Cuando el consumo de alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio, cualquiera que éste sea al menor; IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión; V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado; VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

3.4 Derecho a heredar en la sucesión legítima.

Nuestro Código Civil en su artículo 1599, nos enumera los supuestos que de presentarse darán lugar a la apertura de la sucesión legítima, tales supuestos son:

- 1.- Cuando no haya testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
- 2.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- 3.- Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero, y
- 4.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

En este orden de ideas, y entrando de lleno a explicar que personas tienen derecho a la herencia legítima, debemos recordar el principio que rige el tema en cuestión en el sentido de que: “Los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos”, principio que el Código en comento contempla en su artículo 1604. Siguiendo el principio referido y con fundamento en el artículo 1602 del ordenamiento jurídico invocado, podemos decir que tienen derecho a heredar por sucesión legítima en el orden siguiente:

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

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

Cabe señalar, que **el parentesco por afinidad** como bien lo señala el artículo 1603 del citado ordenamiento legal **no da derecho a heredar**. A continuación, estudiaremos la sucesión de algunas de las personas enumeradas, no sin antes recordar “que los parientes que se hallaren en el mismo grado, heredarán por partes iguales.” (artículo 1605 Código Civil para el Distrito Federal.).

Sucesión de los descendientes.- Respecto de este tipo de sucesión el Código Civil para el Distrito Federal establece las siguientes reglas:

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

2.- Si concurren descendientes con el cónyuge sobreviviente, a éste le corresponderá la porción de un hijo únicamente si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debiere corresponder. Lo mismo se aplicará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia. (artículo 1608).

3.- Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia. (artículo 1609).

4.- Si sólo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, y si en alguna de éstas hubiere varios herederos, la porción que a ella corresponda se dividirá por partes iguales. (artículo 1610).

5.- Si concurren hijos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho a alimentos, que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos. (artículo 1611).

6.- El adoptado hereda como hijo, pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.

7.- Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos (artículo 1613).

Respecto de éste punto, creemos que si concurriesen padres adoptantes y descendientes del adoptado en la adopción plena, como en ésta última con fundamento en el artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal el hijo adoptado se equipará para todos los efectos legales al hijo consanguíneo se tendría que aplicar la regla antes transcrita marcada con el número cinco, e igualmente que la regla enunciada en este punto número siete el padre adoptante aunque fuese adopción plena únicamente tendría derecho a alimentos y quienes heredarían serían los descendientes del adoptado.

Sucesión de los ascendientes.- La regla general en este tipo de sucesión es que: “Los ascendientes sólo tienen derecho a heredar a falta de descendientes” ¹¹² Por lo que respecta a este punto el Código en comento establece las siguientes reglas:

1.- A falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la madre por partes iguales. (artículo 1615).

2.- Si sólo hubiere padre o madre el que viva sucederá al hijo en toda la herencia. (artículo 1616).

3.- Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea se dividirá la herencia por partes iguales. (artículo 1617).

4.- Si hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales, y se aplicará una a los ascendientes de la línea paterna y otra a los de la materna. (artículo 1618).

¹¹² ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. “Sucesiones”. Tomo IV. Décima edición. Porrúa. México. 2003. p. 432

Una vez hecho lo anterior, los miembros de cada línea se dividirán entre sí por partes iguales la porción que les corresponda (1619).

5.- Si concurren los adoptantes con ascendientes del adoptado en forma simple, la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes. (artículo 1620).

6.- Si concurre el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción. (artículo 1621).

7.- Los ascendientes aun cuando sean ilegítimos, tienen derecho de heredar a sus descendientes reconocidos.

Sin embargo, respecto a este punto el artículo 1623 del ordenamiento jurídico invocado nos establece una excepción a la regla antes enunciada consistente en que: “Si el reconocimiento se hace después de que el descendiente haya adquirido bienes cuya cuantía, teniendo en cuenta las circunstancias personales del que reconoce, haga suponer fundadamente que motivó el reconocimiento, ni el que reconoce ni sus descendientes tienen derecho a la herencia del reconocido...”.

Finalmente el artículo en comento establece que: “El que reconoce tiene derecho a alimentos en el caso de que el reconocimiento lo haya hecho cuando el reconocido tuvo también derecho a percibir alimentos.” Como se puede observar de la lectura de este precepto, lo que se pretende cuidar es que el reconocimiento no hubiese estado motivado por algún interés económico perseguido por el reconociente.

3.4.1 De la incapacidad para heredar en la sucesión legítima por falta de personalidad.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1313 regula las diversa causales que originan la incapacidad citada, y señala: “Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

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

En este orden de ideas, debemos decir que la incapacidad para heredar no sólo es aplicable a la sucesión legítima, sino también a la sucesión testamentaria, y es originada por las causales antes enunciadas, de las cuales estudiaremos por estar íntimamente relacionada con el tema que nos ocupa, únicamente la incapacidad para heredar por falta de personalidad, sin perjuicio de hacer mención a los otros supuestos que de actualizarse traerían como consecuencia la incapacidad citada.

I.- Falta de personalidad.-

La incapacidad para heredar por falta de personalidad se encuentra regulada en el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1314 que en

su parte conducente señala: “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”.

En este orden de ideas, para alcanzar la viabilidad a que hace referencia el precepto anterior con fundamento en el artículo 337 del Código en comento es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) El haber sido desprendido enteramente del seno materno y haber vivido 24 horas o bien
- 2) Haber sido presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

Si no se cumple con alguno de los dos requisitos enunciados, el concebido no heredará al autor de la sucesión. Lo anterior es así en virtud de que en nuestro derecho el concebido pese a no haber nacido entra bajo la protección jurídica como acertadamente lo indica el artículo 22 del ordenamiento legal invocado, el cual establece: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; **pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.**” “...Uno de estos efectos es precisamente el darle capacidad para heredar. Desde que está concebido se le reconoce capacidad hereditaria de goce, sujeta a una condición resolutoria: que nazca viable...”¹¹³

De tal suerte que, si un individuo no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, pese a ser su hijo biológico (como es el caso del hijo nacido vía fecundación post-mortem) no podrá heredar, al actualizarse

¹¹³ DE IBARROLA, Antonio. Cosas y sucesiones. Décimo cuarta edición. Porrúa. México. 2004. p. 953.

la causal de incapacidad para heredar por falta de personalidad contemplada en el artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal ya citado.

Sin embargo, será válida la disposición hecha a favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas durante la vida del testador, porque pese a que no estuviesen concebidos, al tiempo en que aquel elaboró su testamento, basta que nazcan durante la vida del autor de la sucesión o por lo menos que se encuentren concebidos al tiempo de su muerte para que puedan sucederle. Tal y como lo señala el artículo 1315 del ordenamiento citado.

Finalmente, cabe señalar que para determinar la incapacidad para heredar de alguna persona, se debe de tomar en cuenta el momento de la muerte del autor de la herencia, pues es precisamente en este momento donde se necesita ser capaz. "...Si la causa de incapacidad sobreviene después, no origina la imposibilidad de adquirir bienes por herencia testamentaria o legítima, a no ser en el caso de remoción del cargo conferido por testamento, que lógicamente sólo se presentará con posterioridad, cuando se comprueba la mala conducta del albacea, tutor o curador." ¹¹⁴ Además, es requisito indispensable para que alguien sea privado de la herencia a la que tiene derecho ya sea por sucesión testamentaria o legítima, que exista una resolución judicial en la que se admita la causa de incapacidad, ya que ésta no se decreta de pleno derecho "...es menester seguir un juicio en contra del que se presume incapacitado, probar la causa por el que tenga interés en la herencia y que exista resolución judicial." ¹¹⁵

Es importante señalar, que la sentencia por virtud de la cual, se declare incapaz a un heredero en términos generales tiene efectos retroactivos ya que

¹¹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. "Sucesiones". Op. cit. 258.

¹¹⁵ Ídem.

el incapaz debe devolver los bienes que se le hayan transmitido por herencia o legado. Sin embargo, el artículo 1343 del Código en estudio prevé el caso de que el incapaz con anterioridad a la declaración respectiva, hubiese enajenado todo o en parte los bienes antes de haber sido emplazado en el juicio en el que se discuta su incapacidad. En este supuesto establece el referido precepto si: “...aquél con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá, más el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo, de todos los daños y perjuicios.”

3.5 Parentesco.

“El parentesco es la relación que existe entre dos personas de las cuales una descende de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un tutor común, como dos hermanos, dos primos. Al lado de este parentesco real, que es un hecho natural, y que se deriva del nacimiento, la ley admite un parentesco ficticio, establecido por un contrato particular, llamado adopción. El parentesco adoptivo es una imitación del parentesco real.”¹¹⁶

Cabe señalar que al respecto, nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 292 reconoce los siguientes tipos de parentesco:

- a) Consanguíneo
- b) Por afinidad y
- c) Civil.

Mismos que de manera breve estudiaremos a continuación.

¹¹⁶ PLANIOL, Marcel. Tratado elemental de derecho civil. “Introducción, familia y matrimonio” Citado por ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. “Derecho de familia”. Op. cit. p. 155.

a) Parentesco por consanguinidad. "...es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común..." ¹¹⁷ Tal tipo de parentesco se encuentra reconocido en el Código citado en su artículo 293 el cual lo define como: "...el vínculo entre personas que descienden de un tronco común." Sin embargo, tal precepto va más allá de la definición señalada y regula igualmente (de manera consideramos acertada) como parentesco consanguíneo al existente entre el hijo producto de una reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores. Esto, pese a que en la realidad (como lo estudiamos en el presente trabajo, al tratar las técnicas de reproducción asistida que actualmente existen) no sea cierto, si se trató de una reproducción asistida de carácter heterólogo en la que se utilizan gametos de "donadores" y por tanto consanguíneamente no sea hijo de los cónyuges o concubinos que consintieron la técnica de reproducción asistida practicada. Pensamos es correcta la regulación de la ley en comento pues creemos que lo que considera al dar el carácter de parentesco consanguíneo al hijo producto de reproducción asistida es la voluntad que los cónyuges o concubinos tuvieron para traerlo al mundo y considerarlo como hijo suyo. De esta forma nuestra legislación civilista reconoce los avances científicos y acertadamente les otorga consecuencias jurídicas, en este caso las derivadas principalmente de la filiación. Continuando con el análisis del artículo en comento, cabe señalar que igualmente reconoce como parentesco consanguíneo el existente entre: "el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo." Esto es así, porque en el actual Código Civil para el Distrito Federal se encuentra regulada la adopción plena que tiene como principal característica que el adoptado en adopción plena se equipara para todos los efectos legales al hijo consanguíneo.

¹¹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. "Derecho de familia". Op cit. p 156.

- Consecuencias jurídicas del parentesco consanguíneo.

Al decir del maestro Rafael Rojina Villegas, en términos generales son las siguientes:

1.- Crea el derecho y obligación de alimentos.

2.- Origina el derecho de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.

3.- Crea determinadas incapacidades en el matrimonio. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento de tutor.

4.- Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.

b) Parentesco por afinidad. Al decir del artículo 294 del Código en cita es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

- Consecuencias jurídicas del parentesco por afinidad.

Al decir del maestro Rafael Rojina Villegas, en nuestra legislación tales consecuencias jurídicas son muy restringidas, y sólo se reconoce:

1) Que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta sin limitación alguna (artículo 156 fracción IV, Código Civil para el Distrito Federal).

En este orden de ideas, es importante señalar que en nuestro derecho, el parentesco por afinidad no otorga derecho a alimentos y con fundamento en el artículo 1603 del Código en estudio no da derecho a heredar.

“Por virtud del divorcio se extingue el parentesco por afinidad, así como en los casos de disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por nulidad. El principio tradicional se enuncia diciendo que: “muerta mi hija, muerto mi yerno”. Sin embargo, para nuestro derecho la consecuencia principal, por no decir la única, subsiste, o sea, el impedimento para contraer matrimonio entre afines de la línea recta, ya que justamente sólo en la hipótesis de disolución del vínculo por divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, es cuando existirá el impedimento para que pueda celebrarse el matrimonio entre afines...”¹¹⁸

c) Parentesco Civil.

Es el que nace de la adopción. “...El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable.” (Artículo 295, en relación con el artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal).

¹¹⁸ Ibidem. p. 159

Capítulo IV.

De la necesidad de regular la fecundación post- mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.

4.1 Necesidad de regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.

Ya hemos estudiado hasta este momento que es y en que consiste la figura de la fecundación post-mortem, en cuanto a como es susceptible de realizarse y cuales son los requisitos doctrinarios que deben reunirse para la consecución de la misma. A continuación, toca hablar de las razones por las que a nuestro parecer es necesaria su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal, por los motivos que a continuación expresaremos.

Como lo explicamos en el capítulo I de la presente investigación, al hablar de las formas de llevar a cabo una fecundación post-mortem mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida, señalamos el hecho de que actualmente en nuestro país, se practican en diversos hospitales técnicas como la inseminación artificial y la fecundación “in vitro” con transferencia de embriones (FIVTE), para que parejas estériles, puedan llevar a cabo la procreación de un hijo. En este orden de ideas, también estudiamos que como una consecuencia directa de los avances científicos en materia de reproducción asistida se ha llegado a la crioconservación tanto de gametos como de embriones, para su posterior uso en técnicas de reproducción asistida, conservación que como ya vimos puede prolongarse incluso muchos años después de la obtención de tales células germinales, y de los embriones en comento. Situaciones ambas, que dan lugar a que actualmente en cualquier momento y aun de manera ilegal y poco ética ocasionen la fecundación y posteriormente el nacimiento de un hijo vía fecundación post-mortem.

Hablamos de ilegalidad en torno a la figura en estudio, porque actualmente la misma se encuentra implícitamente prohibida por nuestra Ley General de Salud y por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Esto es así, dado que como lo estudiamos en los puntos 1.10.2 y 1.10.3 del presente trabajo, el empleo de la investigación asistida en nuestro país con fundamento en el artículo 56 del Reglamento citado, sólo queda reservado para resolver problemas de esterilidad de la pareja, que no sean susceptibles de solucionarse de otra manera, y no como un medio de reproducción “normal” y cotidiano, por ello, en la fecundación post-mortem al no ser requisito para su realización la esterilidad de la pareja, tal figura puede ser tachada de ilegal, pues de llevarse a la práctica vulneraría el precepto invocado.

Sin embargo, si bien es cierto que la realización de una fecundación post-mortem actualmente es ilegal por las razones expuestas, también es cierto que científicamente el nacimiento de una persona por este medio, es susceptible de realizarse en cualquier momento, aun de forma ilegal.

Se preguntará el lector ¿Por qué optamos por tal planteamiento? ¿Por qué si como se ha visto la fecundación post-mortem es ilegal y poco ética? ¿Cómo podemos pensar en reglamentarla y hacerla legal?, la respuesta a nuestro parecer es sencilla, porque no contamos con mejor opción. Esto es así porque la ciencia parece haber avanzado tanto que deja obsoletos nuestros ordenamientos jurídicos. No podemos ignorar una realidad palpable, tan sólo porque nos asuste enfrentar las consecuencias de los avances científicos, en lo particular en el tema que nos ocupa.

La fecundación post-mortem pensamos, no podría ser prohibida, ni siquiera tipificándola como delito por las consecuencias que de ella se derivan ya que aun tipificándola como delito, incluso castigándola con una alta pena de

prisión, tanto para la madre como para los profesionales médicos que la ayudasen a realizarla, es pertinente preguntarnos ¿Qué vamos a hacer ante el caso dado, si como acontece con muchas conductas que las normas penales sancionan como delito pese a esto se siguen cometiendo?, ¿Qué haríamos frente al delito consumado?.

No olvidemos que la consecuencia directa de la figura en estudio es primero la fecundación o implantación de un ser humano en el seno materno después de la muerte de su padre biológico y posteriormente su nacimiento. ¿Qué vamos a hacer para impedir tales consecuencias?, ¿Matar al ser concebido y después nacido?, ¿Trataríamos de prohibir una conducta ilícita cometiendo incluso un delito?, la respuesta consideramos a todas luces es negativa. No podemos dejar de reglamentar la fecundación post-mortem, ni siquiera prohibirla, ya que tal figura trae como consecuencia la vida de un ser humano que no tiene en nada la culpa de las decisiones que tomaron tanto su padre como su madre para traerlo al mundo, él es ajeno e inocente de las condiciones en que se lleve a cabo su nacimiento, ya bastante difícil sería el no contar con una figura paterna como para dejarlo sin la debida protección jurídica como actualmente sucede en el Código Civil para el Distrito Federal al privársele de los derechos inherentes a su filiación paterna, pues recordemos que su padre aunque fallecido antes de su concepción, o implantación y nacimiento, seguiría siendo biológicamente su progenitor.

Esto es así, porque de darse actualmente el nacimiento en el Distrito Federal de un hijo “superpóstumo”, el Código Civil en comento, no contempla una adecuada protección jurídica para el nacido vía fecundación post-mortem, dadas las siguientes consideraciones:

- 1.- Por la complejidad para determinar la filiación paterna del concebido y después nacido vía fecundación post-mortem.

2.- Porque actualmente se priva al nacido vía fecundación post-mortem del derecho que tiene todo hijo a llevar el nombre civil de su progenitor.

3.- Porque actualmente se priva al concebido vía fecundación post-mortem del derecho a heredar que tiene todo hijo desde su concepción en sucesión legítima a su progenitor.

4.- Porque actualmente se priva al concebido y después nacido vía fecundación post-mortem del derecho que tiene todo hijo biológico a ser reconocido como pariente consanguíneo respecto de la familia de su progenitor.

A continuación explicaremos los numerales anteriores para su mejor comprensión.

1.- Por la complejidad para determinar la filiación paterna del concebido y después nacido vía fecundación post-mortem.

Como lo hemos estudiado en el punto 2.2. del presente trabajo, la filiación se prueba con el acta de nacimiento, con la posesión de estado de hijo, el reconocimiento que el padre, la madre, o ambos hubiesen realizado del menor, y con sentencia ejecutoria que la declare derivada tanto de un juicio de investigación de la paternidad o maternidad, o bien del ejercicio de la acción de reclamación de estado de hijo, juicios en los que se intentará acreditar las acciones correspondientes, y con ellas la filiación mediante los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiera ofrecer.

Sin embargo, pese a lo antes dicho la filiación paterna de un menor concebido y después nacido vía fecundación post-mortem es difícil de acreditar por las siguientes razones:

1.- Imposibilidad de acreditar la filiación paterna de un nacido post-mortem, mediante acta de nacimiento.

Actualmente, la declaración del nacimiento de un hijo, estando casados ambos progenitores puede realizarse por cualquiera de ellos presentando entre otros requisitos el acta de matrimonio reciente, de tal suerte que se asentaría en la correspondiente acta de nacimiento tanto la filiación paterna como la filiación materna del hijo presentado. Sin embargo, para el caso que nos ocupa como el matrimonio ha sido disuelto con fundamento en el artículo 324 fracción segunda del Código Civil para el Distrito Federal por la muerte del cónyuge varón, no habría acta de matrimonio que presentar en donde conste que a la fecha de la presentación del hijo ante el juez del registro civil el matrimonio aun existiese, ni tampoco surtiría sus efectos la presunción contenida en el citado artículo. Por lo tanto, al no encontrarse los progenitores casados al momento de presentar ante el Juez del Registro Civil al menor nacido, se tendría que aplicar el artículo 60 del Código en cita en su párrafo segundo el cual exige que si los progenitores del menor a reconocer no se encuentran casados al momento de llevar a cabo tal acto, deben concurrir los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil, situación que en la especie sería imposible. Por lo tanto, no se podría mencionar en el acta de nacimiento del menor el nombre de su padre biológico, quedando con ello imposible de demostrar mediante la referida partida de nacimiento su filiación paterna, ya que con fundamento en el artículo 61 del Código en cita antes estudiado si alguno de los progenitores no pudiese concurrir al Registro Civil, la única manera de que se pudiese asentar el nombre del progenitor ausente en el acta correspondiente sería cuando el Juez del Registro Civil se hubiese trasladado al lugar en dónde aquel se encontrase y haber recibido de éste la petición de que en el acta de nacimiento se mencione su nombre, lo cual en el caso que nos ocupa por razones obvias no sería posible.

Es este orden de ideas, si en estos momentos se realizara un nacimiento post-mortem, la madre del menor sería la única que declararía el nacimiento ante el Juez del Registro Civil y por tanto en el acta correspondiente sólo se asentaría su nombre, no así el del difunto padre biológico del menor. Por tanto, el acta en cuestión tan sólo acreditaría la filiación materna del hijo concebido, no probaría nunca la paterna.

2.- Dificultad de acreditar la filiación paterna de un nacido post-mortem mediante la posesión de estado de hijo.

En el punto 2.2.2 de la presente investigación, estudiamos la posesión de estado de hijo, como medio para probar la filiación. Pese a ello, mediante ésta, tampoco se acreditaría la filiación paterna de un nacido post-mortem, porque la posesión de estado de hijo requiere implícitamente que el padre en cuestión esté vivo, o bien que lo hubiese estado hasta que se hubiesen reunido todos los elementos necesarios para que se de la citada posesión en favor de su hijo, puesto que creemos es aquel el que necesariamente le da tal posesión. Sin embargo, apegándonos en estricto sentido a los elementos que deben de conformarse para que tal posesión se configure en relación a la figura de la fecundación post-mortem, suponiendo que esté acreditado el elemento fama, porque el nacido post-mortem haya sido reconocido constantemente como hijo por la familia del fallecido padre, de la madre y en la sociedad, no se darían ninguno de los otros tres elementos que indistintamente exige la ley para tal posesión, ya que por lo que respecta al elemento nombre, se requiere que el supuesto hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretendan ser su padre y su madre con la anuencia de éstos. Y en el caso de un nacimiento post-mortem como el padre fallece antes de concebir a su hijo es difícil que el difunto padre hubiese dado la anuencia para que el “superpóstumo” lleve sus apellidos, puesto que tal vez ni siquiera hubiese sabido de la posibilidad existente de concebir y procrear un hijo suyo después de su muerte.

En cuanto al elemento trato sería aun más difícil de acreditar dado que toda vez que el padre ha fallecido antes de la concepción y nacimiento de su hijo, al nacimiento de éste y durante su vida es imposible que lo trate como su hijo, proveyéndolo a su subsistencia, educación y establecimiento, pues para que esto suceda el padre debería de estar vivo, y en el caso que nos ocupa esto no ocurre.

Por lo que respecta al elemento edad, nuestra legislación como hemos estudiado exige: “Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361...”, es decir, reitera la postura que hemos comentado de que la ley para que se configure tal posesión implícitamente exige que el padre esté vivo y no muerto.

Por tanto, la filiación paterna de un concebido y después nacido vía fecundación post-mortem no se podría acreditar tampoco mediante la posesión de estado de hijo.

3.- Imposibilidad de acreditar la filiación paterna de un concebido y después nacido vía fecundación post-mortem, mediante reconocimiento.

En líneas precedentes, hemos estudiado las 5 formas permitidas por nuestro Código Civil para el Distrito Federal para llevar a cabo el acto jurídico del reconocimiento, tales son:

- 1.-En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- 2.-Por acta especial ante el mismo Juez; (es decir acta de reconocimiento)
- 3.-Por escritura pública;
- 4.-Por testamento; y
- 5.-Por confesión judicial directa y expresa.

Por lo que respecta a los supuestos marcados con los numerales 1 y 2 citados no se podría acreditar la filiación paterna de un menor concebido y después nacido post-mortem, porque se requiere para ello por la misma naturaleza de tales actos, primero que el padre que va a reconocer esté vivo, y segundo que el menor ya hubiese nacido, situaciones ambas que por la propia naturaleza de la fecundación post-mortem no se configuran.

Sin embargo, mención especial merece el reconocimiento de un hijo realizado por testamento, escritura pública, y confesión judicial directa y expresa, puesto que mediante tales actos es susceptible reconocer a un hijo, incluso aunque éste aun no hubiese nacido, ya que como lo estudiamos en su oportunidad, puede reconocerse al concebido, pero aun no nacido tal y como lo señala el artículo 353 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal y para ello basta que el padre declare: "...que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada." Esto, porque como ya vimos en nuestro derecho desde que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el citado Código.

Ahora bien, es necesario aclarar que pese a lo antes dicho, a través de las figuras marcadas con los numerales 3,4, y 5 actualmente no se podría acreditar mediante reconocimiento la filiación paterna de un concebido y después nacido post-mortem ya que el Código en cita sólo permite que el padre reconozca al hijo que está concebido en el seno materno y en la figura en comento tal descendiente aun no está concebido en esos términos, por tanto no hay individuo que reconocer.

4.- Complejidad para determinar la filiación paterna de un nacido vía fecundación post-mortem mediante sentencia ejecutoria que así lo declare.

Respecto a este punto debemos aclarar que la sentencia que declare la filiación paterna de una persona con respecto de la otra será derivada ya sea de un juicio de investigación de la paternidad o bien de un juicio de reclamación de estado de hijo. A continuación veremos porque es difícil probar la filiación paterna respecto de un hijo nacido post-mortem por sentencia que así lo declare.

a) Sentencia que declare la filiación paterna de un hijo en un juicio de investigación de la paternidad.

Como lo estudiamos en el punto 2.4.2 de la presente investigación, tal acción sólo la pueden intentar los hijos, y si éstos fueren menores de edad la intentarán a través de su representante legal. Recordando además que tal acción sólo puede intentarse durante la vida de los supuestos padres. Sin embargo, nuestro Código Civil para el Distrito Federal como ya lo estudiamos señala que si el padre hubiese fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tienen derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayoría de edad. Es decir, que para el caso que nos ocupa al tratarse de una fecundación post-mortem, la única manera creemos de demostrar actualmente que un hijo nacido mediante ésta vía es hijo del varón de la pareja fallecido sería mediante el ejercicio de tal acción, siendo la viuda o concubina que le sobreviva en su calidad de representante legal del menor procreado quien tendría que ejercitar la misma o bien sería hasta que éste tuviese la mayoría de edad cuando por sí mismo la podría intentar respetando los requisitos legales para ello.

En este orden de ideas, y por así contemplarlo nuestro Código Civil para el Distrito Federal, reiteramos que sería la única manera de demostrar mediante las pruebas permitidas por el citado ordenamiento jurídico, entre ellas la prueba pericial en genética, como podría tratar de acreditarse la acción de investigación

de paternidad y con ello obtener una sentencia que declare la filiación paterna del hijo “superpóstumo”. Pese a lo anterior, la iniciación del procedimiento en comento quedaría a voluntad de terceras personas que pudiesen llevarlo o no a cabo, existiendo la posibilidad de que nunca se realizara y con ello al no estar acreditada fehacientemente la filiación paterna del hijo “superpóstumo” privarle de todos los derechos inherentes a la misma, siendo que biológicamente es hijo del varón fallecido, o bien que en el mejor de los casos durante todo el tiempo que durase el citado juicio el menor en cuestión no cuente con la debida protección legal, sin mencionar que definitivamente durante su concepción, su filiación paterna no estaría acreditada ni en base a presunciones y que pese a llegar a probarse el entroncamiento con su progenitor, el hijo “superpóstumo” definitivamente no podría heredar a su padre ni en sucesión legítima ni en testamentaria.

Por todo lo anterior creemos, que es sumamente inadecuado que la filiación paterna de un concebido y después nacido post-mortem tenga que acreditarse por esta vía.

b) Sentencia que declare la filiación paterna de un hijo nacido vía fecundación post-mortem en un juicio de reclamación de estado de hijo.

Al respecto, por los mismos razonamientos que vertimos al hablar de la dificultad existente para acreditar la posesión de estado de hijo de un nacido mediante fecundación post-mortem, podemos decir que igualmente en un juicio de reclamación de estado de hijo también sería muy complicado obtener una sentencia que declare que el menor nacido post-mortem cuenta con la posesión de estado de hijo, para que de esta manera se determine su filiación paterna.

5.- Dificultad para determinar la filiación paterna de un nacido vía fecundación post-mortem por otros medios de prueba.

Creemos respecto a este punto que no existe un medio de prueba (excluyendo a los antes mencionados) que plenamente y por sí sólo pueda acreditar la filiación de una persona y menos aun de un menor nacido vía fecundación post-mortem. Esto es así, porque en el caso que nos ocupa en primer lugar tales medios probatorios se deberían de ofrecer en los juicios de investigación de la paternidad o bien en el de reclamación de estado de hijo (siendo éste último carente de utilidad para probar la filiación de un “superpóstumo” por las razones ya expuestas).

Es importante resaltar que aunque nuestra legislación como vimos en el punto 2.2.5 del presente trabajo admite todos los medios de prueba legales para demostrar la filiación, en realidad se tendría que atender al caso concreto en el que se pretenda acreditar la filiación de un nacido post-mortem para ver mediante cuales medios de prueba se puede acreditar la acción de investigación de la paternidad (único medio por el que actualmente se podría aunque difícilmente determinar la filiación del nacido post-mortem), manifestando desde este momento que la confesional por ser una prueba por hechos propios sería difícil de desahogarse pues sería el difunto padre quien tendría que desahogarla, situación que en el caso que nos ocupa sería materialmente imposible. Y por lo que respecta a la prueba testimonial para acreditar la filiación de una persona, está limitada en cuanto a su admisión ya que ésta sólo será aceptada si existe un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones que hagan pertinente su recepción.

En este orden de ideas, mención aparte merece la prueba pericial en genética ya que mediante ésta se puede determinar con altas probabilidades la filiación paterna de una persona, y con ello acreditar la acción de investigación de la paternidad correspondiente, con los problemas que presentaría tal juicio.

Ahora bien, por lo que respecta a la prueba de presunción legal desde éste momento queremos dejar en claro que el concebido y después nacido vía fecundación post-mortem no cuenta con una presunción a su favor que de forma inmediata le permita aunque sea presuntamente determinar su filiación paterna, ya que como lo estudiamos en su oportunidad el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal contiene dos presunciones para determinar cuando un hijo es considerado de los cónyuges, es decir cuando cuenta con la llamada doctrinalmente “filiación matrimonial”, el citado precepto recordemos en su fracción I señala que se presumen hijos de los cónyuges los hijos nacidos dentro del matrimonio. Presunción a todas luces inaplicable a un nacido vía fecundación post-mortem, puesto que pese a que sus padres hubiesen estado casados su nacimiento y aun más su fecundación se debió haber realizado después de la muerte de su progenitor, situación que pone fin al vínculo matrimonial, por tanto al nacer con posterioridad a la disolución del matrimonio y no dentro de éste no le es aplicable la citada presunción.

Por lo que respecta a la segunda presunción señalada en el mismo precepto, en el sentido de que se consideran hijos igualmente de los cónyuges los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, independientemente de si ésta proviene de nulidad de matrimonio, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído matrimonio la excónyuge, tampoco le es aplicable al nacido vía fecundación post-mortem, ya que ésta presunción especialmente en el caso de disolución del vínculo matrimonial por muerte del varón, implica que el nacido hubiese estado concebido en el vientre materno lógicamente antes de la muerte de su progenitor, situación que en la figura en estudio no se presenta ya que recordemos que en ésta la concepción del hijo en el seno materno se puede dar días, semanas, meses e incluso años después de la muerte del padre. No siendo aplicable tampoco la referida presunción, ya que el hijo puede o no nacer dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Situación semejante ocurriría con el nacido vía fecundación post-mortem cuando sus progenitores pese a no haber estado casados si estuviesen unidos en concubinato, ya que tampoco le son aplicables las presunciones que señala el artículo 383 del Código en cita que de manera análoga al artículo 324 antes invocado regula cuando un hijo es considerado de los concubinos.

Por lo que respecta a la presunción contenida en el artículo 382 del Código en cita, que en su parte conducente señala: “Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.” Es necesario señalar que tal presunción en el caso de una fecundación post-mortem, en primera sólo podría ser empleada en un juicio de investigación de la paternidad únicamente si se ofreciere una prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos para demostrar la paternidad del padre fallecido sobre el hijo “superpóstumo” y en segunda para que la misma pudiese operar se necesita que el presunto progenitor se negase a practicársela; sin embargo, en el caso que nos ocupa el progenitor está muerto y no podría oponerse a que se le practicase la prueba en cuestión.

Como se puede apreciar de lo antes señalado es actualmente complejo que se pueda legalmente determinar la filiación paterna de un concebido y después nacido vía fecundación post-mortem con la legislación vigente de nuestro Código Civil para el Distrito Federal. De ahí la necesidad de hacer una adecuada regulación de la figura en estudio en el ordenamiento jurídico mencionado, ya que como lo manifestamos al inicio del presente capítulo, la fecundación post-mortem no puede ser prohibida, y estando latente la posibilidad de llevarse a cabo en nuestro país específicamente en el Distrito Federal, en cualquier momento y ante la ausencia de normas jurídicas que le determinen la filiación paterna al nacido post-mortem se le deja sin la debida

protección jurídica ya que partimos del hecho de que al no poder determinar su filiación paterna, también se le priva de los derechos que de la misma se desprenden tales como: Derecho a llevar el nombre de su progenitor, derecho a percibir alimentos de éste, derecho a sucederle en sucesión legítima, a reconocerle el parentesco consanguíneo con la familia de aquel. Derechos que son de suma importancia y que es básico que el hijo “superpóstumo” desde su concepción y en los primeros años de su vida tenga acceso a ellos dada la vulnerabilidad del ser humano en ésta etapa. Por ello reiteramos nuestra postura de la necesidad de regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.

4.2 Desventajas de la no regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.

La no regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal de manera general traería como principal inconveniente el dejar desprotegido jurídicamente al nacido vía fecundación post-mortem por las razones ya expuestas, y en lo particular como principales desventajas podemos mencionar las siguientes:

- 1.- Se le privaría del derecho que tiene todo menor de llevar el nombre civil de su padre.

Como lo estudiamos en el punto 3.1 del presente trabajo, el nombre civil se encuentra integrado por el nombre propio y el nombre de familia o apellidos, y por lo que se refiere a éste último su adquisición se da mediante la filiación, en el caso que nos ocupa por la filiación paterna. Mediante éste se identifica a los miembros de una familia, es decir, llevando el mencionado apellido se está “informando” a la sociedad la pertenencia del individuo que lo porta a un determinado núcleo familiar dándole a aquel la sensación de que forma parte de

dicho núcleo. De ahí la importancia de portar el apellido o nombre de familia, para sentirse parte del seno familiar como consecuencia de la filiación de su portador. Este derecho se encuentra contemplado en nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 58 que en su oportunidad estudiamos.

De tal suerte que, una consecuencia directa de no regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal para acreditar fehacientemente la filiación paterna del hijo nacido por este medio, sería el privarle de su derecho a llevar el apellido de su padre biológico, quitándole con ello el derecho que tiene a ser identificado por los demás miembros de la sociedad primero como hijo de su padre y segundo como miembro de la familia de éste.

2.- Se le retiraría el derecho que tiene todo menor a que se le proporcione alimentos por parte de su progenitor.

Esto es así, porque al ser biológicamente hijo de su progenitor fallecido, tendría derecho a recibir alimentos a cargo de la sucesión de su padre. En este punto es importante recordar lo que en su momento comentamos en el número 3.2.5 de la presente investigación al hablar de las características de la obligación alimentaria, recordemos que ésta es personal e intransmisible, en vida del progenitor lo cual es unánimemente aceptado por la doctrina sin embargo, como estudiamos un sector de ésta es partidario de que una vez muerto el deudor alimentista (como en el caso que nos ocupa) tal obligación recaerá en sus herederos quienes pagaran los alimentos con los bienes que dejó el autor de la sucesión postura que no es totalmente aceptada por nuestro Código en comento pese a lo anterior, en el caso de que el deudor alimentista fallezca y deje testamento dentro del cual no contemple una porción de su haber a sus descendientes que en términos de ley necesitan alimentos el mismo se decretará inoficioso para cumplir con la referida obligación, sólo a

falta o por imposibilidad de otros parientes del autor de la sucesión a quienes el acreedor alimentista pueda exigirles alimentos.

En este orden de ideas, si un menor concebido y después nacido vía fecundación post-mortem se encontrase en esta situación, se le privaría del derecho a percibir alimentos del haber hereditario de su padre biológico al no tener modo de acreditar su filiación paterna, por no contemplarse su nacimiento en el actual Código Civil para el Distrito Federal.

3.- Se le quitaría el derecho que tiene todo hijo de heredar en sucesión legítima a su progenitor.

Esto es así, porque actualmente de darse una fecundación post-mortem en el Distrito Federal y con la legislación vigente de nuestro citado Código el individuo concebido y después nacido vía fecundación post-mortem no tendría derecho a heredar a su propio padre biológico en sucesión legítima, ni en sucesión testamentaria, porque se le aplica directamente la causal de incapacidad para heredar por falta de personalidad por no estar concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia; lo cual obviamente no acontece en la fecundación post-mortem pues en ésta se realiza la concepción en el vientre materno precisamente con posterioridad a la muerte del autor de la herencia.

4.- No se le respetaría el derecho que tiene todo hijo a ser reconocido como pariente consanguíneo por parte de la familia de su progenitor biológico.

Como lo estudiamos en su momento, siguiendo al maestro Rafael Rojina Villegas el parentesco consanguíneo origina diversas consecuencias jurídicas tales como:

1.- Crea el derecho y obligación de alimentos.

2.- Origina el derecho de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.

3.- Crea determinadas incapacidades en el matrimonio. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento de tutor.

4.- Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.

En este orden de ideas, de seguir nuestro Código Civil para el Distrito Federal sin regular la fecundación post-mortem como actualmente lo hace, al no poder determinarse y probarse fehacientemente la filiación paterna del concebido y después nacido post-mortem tampoco sería susceptible de establecer el parentesco consanguíneo entre la familia del progenitor fallecido y el menor citado, suscitándose con esto diversas desventajas principalmente para éste último tales como que de darse los supuestos legales no podría el concebido y después nacido post-mortem solicitar a sus abuelos paternos, ni a los hermanos de su padre (por mencionar a algunos parientes) alimentos. Mucho menos heredaría en sucesión legítima a los parientes señalados, ni podría exigirles alimentos mediante la declaración del Testamento inoficioso dándose los supuestos de ley a los referidos parientes consanguíneos. Tampoco se le aplicarían las incapacidades para contraer matrimonio derivadas del parentesco consanguíneo respecto a los parientes de su progenitor. Igualmente a falta de su madre se le privaría del derecho que tiene todo menor a que sus abuelos en éste caso paternos ejerzan la patria potestad sobre su persona.

De ahí la importancia de regular a tiempo la figura de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal, para evitar en lo posible colocar en esa situación de desventaja al hijo nacido por este medio.

5.- Se vulneraría la Convención sobre los Derechos del Niño.

Aunado a lo anterior, consideramos que de no reglamentarse la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal se estaría vulnerando un tratado internacional de gran importancia, el cual recordemos que en términos del artículo 133 constitucional es ley suprema de toda la unión, tal es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta Convención es de observancia obligatoria para nuestro país; y de darse una fecundación post-mortem y posteriormente un nacimiento por esta vía y al no otorgarle al hijo concebido y después nacido ningún derecho se estaría vulnerando su artículo tercero punto uno y punto dos pues recordemos que como ya lo manifestamos en líneas precedentes tal artículo toma en cuenta el interés superior del niño (a semejanza de lo establecido por la Declaración de los Derechos del Niño antes enunciada) como principio rector, que deben observar todas las Instituciones ya sea públicas o privadas, de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, al dictar medidas concernientes a los niños.

En tanto que el mismo artículo tercero, pero en su punto número dos, hace referencia, a que los Estados partes están comprometidos a asegurar al niño toda la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, tomando en cuenta para ello, todos los derechos y obligaciones de sus padres u otras personas responsables de ellos ante la ley, tomando las medidas legislativas y administrativas adecuadas para garantizar al niño la citada protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar.

La violación al citado precepto consistiría en que nuestro Código en estudio no otorgaría al concebido y después nacido post-mortem protección jurídica alguna como consecuencia de no tomar las medidas legislativas

adecuadas para garantizar al niño la citada protección y cuidados que sean necesarios para su bienestar. Además de que tampoco se estaría tomando en cuenta el “interés superior del niño”, el cual implica que ante cualquier otro tipo de intereses se debe atender a la protección y bienestar del menor.

6.- Se discriminaría al hijo “superpóstumo”.

Esto, porque al no contemplar su nacimiento, nuestro Código Civil para el Distrito Federal le otorgaría un trato diverso al que el ordenamiento jurídico en cita le brinda actualmente a los hijos concebidos en el vientre materno antes de la muerte de su padre y nacidos antes o después de ocurrido tal hecho, pues a éstos, si se les reconocen todos los derechos inherentes que por su filiación paterna le corresponden, en tanto que al hijo “superpóstumo”, pese a que sería hijo biológico de su padre premuerto no se le podría determinar, ni siquiera presuntamente su filiación paterna y como consecuencia se le privaría de los derechos que de la misma se derivan, dejándolo sin la debida protección legal a la que todo hijo tiene derecho, discriminándolo por las condiciones en que fue llevado a cabo su nacimiento.

A grandes rasgos, consideramos estas son las principales desventajas de la no regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.

4.3 Ventajas de regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal.

Las principales ventajas de regular la figura de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal de la manera en que nosotros la proponemos y que más adelante comentaremos son las siguientes:

1.- La filiación paterna del hijo “superpóstumo”, estaría determinada y acreditada desde su concepción y hasta después de su nacimiento.

Esta es quizás la ventaja más importante de la regulación de la figura de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal, porque al poder determinar y acreditar la filiación paterna del “superpóstumo” desde su concepción, se le garantizaría a su vez el acceso a los derechos inherentes que de tal filiación se derivan tales como: Derecho a llevar el apellido de su padre, derecho a alimentos, derecho a suceder a su progenitor, derecho a que se le reconozca como pariente consanguíneo por la familia de aquel.

2.- Se procuraría al concebido y después nacido vía fecundación post-mortem (de darse los supuestos legales) el derecho a recibir alimentos de su progenitor.

3.- Se garantizaría al nacido vía fecundación post-mortem el derecho que tiene todo hijo a llevar el nombre civil de su progenitor.

4.- Se respetaría desde su concepción y con posterioridad al nacimiento del hijo nacido vía fecundación post-mortem, el derecho que tiene todo hijo de heredar en sucesión legítima e incluso testamentaria, si así lo dispuso a su progenitor.

5.- Se aseguraría al concebido y después nacido vía fecundación post-mortem el derecho que tiene todo hijo a ser reconocido como pariente consanguíneo respecto de la familia de su progenitor. Y con ello se le aplicarían a aquel todas las consecuencias jurídicas que de este tipo de parentesco se derivan y que hemos mencionado con anterioridad.

6.- No se vulneraría la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esto es así porque con la regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal de presentarse el caso de una concepción y nacimiento de un hijo “superpóstumo” tal ordenamiento, le brindaría una adecuada protección jurídica en respeto a la Convención de los derechos del niño, ya que al regular la figura en estudio en el Código en comento se estaría, reiteramos, dando la debida protección legal desde su concepción al hijo “superpóstumo”, anteponiendo con ello el interés superior del niño a cualquier otro. Además de que se incluirían en el Distrito Federal las medidas legislativas adecuadas para garantizar al niño la citada protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar.

4.4 Propuesta de reforma, incorporación del artículo 353 Quintus en el Código Civil para el Distrito Federal.

Como hemos venido mencionando a lo largo del presente trabajo de investigación, nuestra principal preocupación y objetivo es brindar una adecuada protección legal al concebido y después nacido vía fecundación post-mortem desde su concepción en el vientre materno determinándole para ello su filiación paterna y como consecuencia asegurarle el goce y disfrute de los derechos inherentes a la misma. Objetivo que pretendemos se puede cumplir incorporando en el Código Civil para el Distrito Federal el artículo que hemos denominado artículo 353 Quintus. Esto es así porque como lo hemos podido constatar actualmente sería (de presentarse el caso) difícil determinar la filiación paterna de un concebido y después nacido post-mortem.

Por lo tanto, lo primero que proponemos es la existencia de un documento que con su sola presentación determine la filiación paterna del hijo “superpóstumo” desde su concepción en el vientre materno y hasta después de su nacimiento. Documento que tenga tal grado de seriedad y validez que sea sumamente difícil de ser objetado en cuanto a su alcance y valor probatorio e

igualmente que sea sumamente difícil de ser tachado de falso, dada la importancia de su contenido: “El reconocimiento voluntario del padre del futuro hijo superpóstumo realizado en vida, manifestando expresamente que reconoce como hijo suyo, al hijo concebido por su mujer, con su material reproductor o al hijo concebido en vida de ambos pero implantado a su mujer con posterioridad a su muerte”.

Para ello proponemos que mediante la figura jurídica del reconocimiento el futuro progenitor del hijo “superpóstumo”, en vida reconozca a éste como hijo suyo mediante escritura pública o testamento que son 2 de las 5 formas permitidas por nuestra legislación para llevar a cabo tal acto jurídico. Excluimos las otras, entre ellas el acta de nacimiento y el acta especial de reconocimiento, porque en estos últimos necesariamente se requiere que el nacimiento del hijo ya se hubiese presentado, situación que en la especie no se da.

Proponemos que a semejanza de lo que actualmente si está permitido por nuestro Código Civil para el Distrito Federal como lo es el reconocimiento que del hijo concebido pero aún no nacido realice su progenitor, se permita que un concebido y después nacido post-mortem de su padre igualmente pueda ser reconocido por éste mediante los documentos enunciados, ya que consideramos que dada la importancia de los mismos, al ser documentos públicos como es el caso de la escritura pública y en su caso el testamento son difícilmente susceptibles de ser falsificados, además de que su valor probatorio es pleno, siendo por tanto los medios más idóneos para realizar el acto jurídico enunciado dada la importancia que el mismo implica.

Es decir, el reconocimiento hecho en los términos que proponemos estaría sujeto a una condición para surtir todos sus efectos jurídicos, como lo sería la concepción del hijo “superpóstumo” en el vientre materno y posteriormente el nacimiento de aquel. Pero desde el momento en que se

verificase tal concepción el acto jurídico del reconocimiento comenzaría a surtir sus efectos de acuerdo a lo establecido por el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala entre otras cosas que "...desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados"... en el citado Código.

En este orden de ideas, además de la propuesta de incorporar el reconocimiento en el Código Civil para el Distrito Federal en los términos explicados, también contemplamos en la redacción de nuestro artículo 353 Quintus dos de las técnicas de reproducción asistida que actualmente le pueden dar origen a la figura de la fecundación post-mortem masculina, ya que como lo estudiamos en el momento oportuno, en función de la técnica a emplear puede estar o no concebido el hijo antes de la muerte de su padre situación que debe de tomarse en cuenta para regular adecuadamente la figura en estudio.

Recordemos que en la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE) la fecundación del hijo puede darse en vida del varón de la pareja, pero su fallecimiento ocurre antes de la implantación del embrión en el vientre de su mujer y que pese a que tal concepción se hubiese efectuado en vida del progenitor por razones lógicas, el producto de la concepción no podría desarrollarse estando congelado en un banco de embriones, si no hasta en tanto no esté implantado en el vientre materno. Necesitándose definitivamente para que ocurra la fecundación post-mortem, que el embrión se implante en el vientre materno con posterioridad a la muerte de su padre, situación que no ocurre por ejemplo cuando se opta por la técnica de inseminación artificial, en la que el semen del varón está previamente a su muerte depositado en un banco de espermias, no habiéndose efectuado la concepción si no hasta después de su fallecimiento.

Por ello, al tratarse de dos supuestos diferentes, para que se lleve a cabo el reconocimiento del futuro hijo, en la redacción de nuestro artículo 353 Quintus contemplamos dos puntos:

1.- En primer término por un lado tomamos en cuenta el hecho de que el material reproductor del varón se encuentre previamente a su muerte depositado en un banco de semen sin haber sido utilizado en técnica de reproducción asistida alguna, por lo cual proponemos que sea el varón de la pareja quien en vida, expresamente reconozca como hijo suyo al hijo concebido por su mujer con su material reproductor después de su muerte, es decir, que tenga la voluntad de asumir la paternidad de tal individuo, con ello además implícitamente el varón de la pareja otorgará su consentimiento para que su mujer pueda emplear su material reproductor con el único fin de concebir a un hijo suyo vía fecundación post-mortem.

2.- Por lo que se refiere al punto número 2 que proponemos en la redacción de nuestro artículo citado, la razón de ser del mismo radica en que en éste estamos previniendo el hecho de que la citada concepción del hijo ya se hubiese efectuado en vida de los padres, estando el embrión depositado en algún establecimiento de salud para su conservación hasta en tanto no se complemente (con la implantación en el vientre materno) el proceso de la fecundación in vitro con transferencia de embrión o alguna variante de la misma. Técnicas en las que como explicamos en el punto 1.2 de la presente investigación pese a estar concebido el individuo antes de la muerte de su padre por las razones expuestas en el punto citado no es impedimento alguno para que se configure la fecundación post-mortem.

Es importante comentar que independientemente de los puntos señalados, en nuestra propuesta de redacción del artículo 353 Quintus, no limitamos la realización de la figura en estudio a un determinado lapso de

tiempo para que surta sus efectos jurídicos el reconocimiento realizado en vida del varón de la pareja, ya que al hacerlo creemos no tendría utilidad el regular la figura en comento en el Código Civil para el Distrito Federal, puesto que si el principal objetivo que perseguimos es brindarle una protección jurídica al menor “superpóstumo”, de condicionar a la madre a que en un determinado lapso de tiempo se practique la técnica de reproducción asistida que más le convenga (con el objeto de procrear al citado hijo) apercibiéndola que de no hacerlo en el tiempo indicado para ello, ya no surtiría sus efectos jurídicos el reconocimiento realizado por el fallecido padre se le estaría privando al menor nacido fuera del tiempo previsto por la ley, ya sea por negligencia de su madre al no haber realizado los actos tendientes para su nacimiento en el tiempo indicado de los derechos inherentes que de su filiación paterna le hubiesen correspondido, quedando igualmente el menor jurídicamente desprotegido y a efecto de que esto no suceda es que no hemos impuesto un tiempo determinado para que la madre emplee el material reproductor de su esposo o concubino fallecido ya sea para concebir al “superpóstumo” o bien para realizarse el implante del mismo.

En este orden de ideas, es de resaltar que en la redacción de nuestro artículo en comento también proponemos la creación de una presunción a favor del hijo nacido vía fecundación post-mortem en el sentido de que se presuma salvo prueba en contrario que la mujer del varón fallecido empleó el material reproductor de éste para concebir al hijo “superpóstumo”, siempre y cuando la cónyuge o concubina supérstite no hubiese contraído nuevo matrimonio o se hubiese unido en concubinato una vez que ha fallecido el varón.

Lo que pretendemos al crear la presunción antes indicada es dar una mayor protección al menor concebido y después nacido vía fecundación o implantación post-mortem, en el sentido de que la ley le de un voto de confianza a la madre de aquel para creer que efectivamente ésta utilizó en la procreación

del hijo señalado el material reproductor del varón fallecido, presumiendo que al no haberse unido en matrimonio ni en concubinato desde el fallecimiento del varón y hasta el nacimiento del menor, no tuvo contacto sexual con otro hombre desde la muerte de su cónyuge o compañero. Siendo por tanto, el hijo concebido del varón que falleció, dando como consecuencia que el reconocimiento antes practicado por éste pueda surtir sus efectos para proteger jurídicamente al hijo “superpóstumo” desde su concepción y hasta después de su nacimiento sin necesidad de realizarle al concebido y después nacido post-mortem prueba alguna tendiente a acreditar éste hecho protegiéndolo de antemano con la presunción señalada para que goce de todos los derechos inherentes que de su filiación paterna se desprenden. Dejando, claro está abierta la posibilidad de que la madre no hubiese empleado el material reproductor de su pareja fallecida para procrear al supuesto hijo “superpóstumo”, otorgándole (como lo explicaremos más adelante) la facultad a las personas que consideramos son susceptibles para contradecir dicho reconocimiento, la posibilidad de desvirtuar tal presunción para demostrar que el hijo nacido, no es hijo del varón fallecido y, por tanto, que el reconocimiento no puede surtir efecto alguno privándole al menor nacido del falso estado con el que se ostenta, quitándole los derechos antes conferidos, posteriori a su nacimiento, pero no a priori al mismo, como ocurriría de no existir tal presunción, ya que para que el “superpóstumo” entrara al goce de los derechos inherentes a su filiación paterna, tendría que demostrar primero que efectivamente su madre empleó el material reproductor de su fallecido padre quedando desprotegido legalmente hasta en tanto no demostrase que es hijo de su progenitor fallecido.

Por las razones antes indicadas, es que proponemos la incorporación del artículo 353 Quintus en el Código Civil para el Distrito Federal cuya redacción sería la siguiente:

Artículo 353 Quintus.- Puede gozar de todos los derechos inherentes a su filiación paterna, el producto fecundado o implantado en el útero materno con posterioridad a la muerte de su padre, siempre y cuando éste por medio de escritura pública o testamento declare expresamente:

1.- Que reconoce como hijo suyo, al producto fecundado por su mujer con su material reproductor después de su muerte; o

2.- Que reconoce como hijo suyo, al producto de la fecundación “in vitro” con su material genético y el de su mujer durante su vida, pero implantado en el útero de aquella con posterioridad a su muerte.

Para los efectos señalados en el presente artículo, se presume salvo prueba en contrario, que el hijo concebido por la cónyuge supérstite o concubina del varón fallecido fue concebido con el material reproductor de éste, siempre y cuando la mujer no contraiga nuevo matrimonio o se una en concubinato después del fallecimiento del varón y hasta el nacimiento del hijo.

4.5 Propuesta de reforma al artículo 80 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como es sabido la inscripción del estado civil de las personas en el Registro Civil es sumamente importante, y más aun lo es contar con un acta expedida por un Juez del Registro Civil en donde conste la filiación tanto paterna como materna de un individuo para realizar diversos trámites que se presentan en la vida diaria tales como: inscripciones escolares, obtención de un empleo, registro de un hijo, acreditamiento de parentesco en un juicio de sucesión legítima, celebración de matrimonio etc.... Por ello, de regularse el reconocimiento del hijo “superpóstumo” en nuestro Código Civil para el Distrito

Federal en los términos propuestos, sería necesario obtener la correspondiente acta de nacimiento del referido hijo en donde constará tanto su filiación paterna como materna, para lo cual proponemos la adición del párrafo cuarto al artículo 80 del ordenamiento antes citado con el objeto de que una vez verificado el nacimiento del “superpóstumo” se pueda proceder a la inscripción de su nacimiento y que gracias al reconocimiento realizado en términos del que pretendemos sea nuestro artículo 353 Quintus, se pueda levantar el acta de nacimiento del menor nacido post-mortem de su padre, en la cual pese a que por razones lógicas el difunto progenitor no pueda acudir ante el Juez del Registro Civil a declarar el nacimiento de su hijo, si se pueda mencionar su nombre para que con ello se asiente a favor de su menor hijo la filiación paterna que biológicamente le correspondería, bastando para ello la simple presentación de los documentos en los que conste el reconocimiento realizado por el fallecido padre.

Es así, como proponemos que tanto la escritura pública como el testamento en el que conste el multicitado reconocimiento del hijo “superpóstumo” se presenten ante el juez del Registro Civil dentro del término de 15 días contados a partir del día siguiente a aquel en que se llevó a cabo el nacimiento del menor, pues siguiendo la postura del maestro Manuel F. Chávez Asencio líneas antes citada, los actos del Registro Civil inician con el nacimiento, y por la peculiaridad de la figura en estudio no tendría objeto el presentar ante el Juez del referido Registro, ni el testamento ni la escritura pública en la que conste el reconocimiento del hijo “superpóstumo” dentro del término de 15 días de haberse celebrado tal acto jurídico (como actualmente lo establece el artículo 80 del Código en cita), puesto que no podría hacerse inscripción alguna al no estar en el caso de una post-mortem ni siquiera concebido en el vientre materno y mucho menos nacido el menor al ser reconocido por su padre.

En este orden de ideas, proponemos que los documentos en que conste el reconocimiento del hijo “superpóstumo” se presenten dentro del término de 15 días contados a partir del día siguiente a aquel en que se llevó a cabo el nacimiento del menor, para que se proceda a levantar el acta de nacimiento respectiva, en la que consten tanto la filiación materna como paterna del menor nacido. Cabe señalar, que además de los documentos indicados también creemos necesario se exhiban dentro del mismo término los documentos en donde se acredite que efectivamente la mujer del varón fallecido se practicó una fecundación o implantación post-mortem para con ello tener la certeza de que el hijo nacido fue fecundado o implantado mediante técnicas de reproducción asistida.

En consecuencia, proponemos la reforma al artículo 80 del Código Civil para el Distrito Federal adicionando el párrafo cuarto por nosotros propuesto en los siguientes términos:

Artículo 80.- Si el reconocimiento se hace por alguno de los otros medios establecidos en este Código, se presentará, dentro del término de quince días ante el Juez del Registro Civil, el original o copia certificada del documento que lo compruebe.

Deberá procederse conforme a lo dispuesto por los artículos 78 y 82 de este ordenamiento.

En los casos de sentencia judicial de reconocimiento de paternidad bastará la presentación de la copia certificada de la sentencia ejecutoriada para que se dé cumplimiento.

Tratándose del reconocimiento realizado en términos del artículo 353 Quintus, los documentos a que se refiere el párrafo primero del

presente artículo, se presentarán dentro del término de quince días ante el Juez del Registro Civil, procediéndose a levantar el acta de nacimiento correspondiente, debiéndose exhibir la documentación con la que se acredite la fecundación o implantación post-mortem.

4.6 Propuesta de reforma, incorporación del artículo 368 Bis en el Código Civil para el Distrito Federal.

Ya hemos explicado el por qué de nuestra intención de incorporar en nuestro Código Civil para el Distrito Federal el reconocimiento del concebido y después nacido post-mortem en los términos del que pretendemos sea el artículo 353 Quintus del ordenamiento jurídico en cita. Igualmente se ha expuesto el motivo para incluir una presunción a favor del concebido y después nacido post-mortem en los términos del propuesto artículo 353 Quintus. Y es precisamente, ésta última presunción la que nos motiva a proponer la creación de un artículo en el Código en cita que de la oportunidad a las personas que en el se indicarán, de contradecir el reconocimiento realizado por el varón fallecido, cuando se crea que el hijo “superpóstumo” no hubiese sido concebido con el material reproductor del difunto reconociente, no siendo por tanto hijo de aquel, ostentándose indebidamente con un estado civil que no le pertenece.

Esto es así, porque si bien es cierto que nuestro principal objetivo es proteger jurídicamente al individuo concebido y después nacido post-mortem de su padre, también es cierto que estamos conscientes que tal nacimiento se puede prestar por parte de la madre como una oportunidad para imputarle un hijo a su fallecido marido o concubino cuando en realidad no sea hijo de éste último y por razones lógicas al estar el varón de la pareja fallecido, ya no está en posibilidad de defenderse impugnando la paternidad que se le atribuye y como actualmente no existe precepto alguno que faculte a sus parientes o albaceas a realizar tal impugnación por el referido varón, es que proponemos la

creación del artículo 168 Bis en donde se facultaría a los parientes que tengan derecho a heredar en sucesión legítima al varón de la pareja para contradecir el reconocimiento por él realizado, al no ser cierto que el supuesto hijo “superpóstumo” sea hijo del varón fallecido. Es así como abría una posibilidad para que de ser falso el hecho de que el nacido post-mortem sea hijo del cónyuge o concubino fallecido se dejase sin efecto el reconocimiento por éste practicado respecto del individuo que se ostenta indebidamente como su hijo, pudiéndose de alguna forma defender el varón fallecido mediante sus parientes de la falsa paternidad que se le pretende atribuir.

Proponemos que las personas titulares de la acción contradictoria de reconocimiento efectuado en términos del artículo 353 Quintus propuesto por nosotros sean los parientes que en sucesión legítima tengan derecho a heredar al varón fallecido, ya que generalmente serían los parientes consanguíneos a quienes también les afectaría que el supuesto “superpóstumo” siguiese ostentándose como hijo del padre difunto, ya que recordemos que ante la ley, sería tratado como pariente consanguíneo de la familia del cónyuge o concubino fallecido, existiendo entre ellos las consecuencias jurídicas que de ésta clase de parentesco se producen y que en su oportunidad explicamos.

También proponemos que el término para intentar tal acción sea dentro de los 6 meses siguientes contados a partir de que tuvieron conocimiento del nacimiento del hijo reconocido. Esto, ya que consideramos no debe dejarse indefinidamente la oportunidad para desvirtuar el citado reconocimiento y privar al menor nacido del estado civil con el que se ostenta para darle seguridad jurídica al menor así nacido de que su estado civil transcurrido el término citado no podrá ser contradicho por persona alguna. Es por ello que proponemos la redacción e incorporación del artículo 368 Bis en los siguientes términos:

Artículo 368 Bis.- En el caso del reconocimiento realizado en términos del artículo 353 Quintus, tendrán acción contradictoria de reconocimiento aquellas personas que tengan derecho a heredar al varón fallecido en sucesión legítima.

Tal acción contradictoria, sólo podrá ser ejercitada dentro de los seis meses siguientes, contados a partir de que los herederos tuvieron conocimiento del nacimiento del menor reconocido.

4.7 Propuesta de reforma al artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como lo hemos explicado con anterioridad actualmente con nuestra legislación existente en el Código Civil para el Distrito Federal de darse una concepción y después un nacimiento post-mortem, se le privaría al hijo “superpóstumo” del derecho que tiene todo hijo de heredar tanto en sucesión legítima como en su caso, en sucesión testamentaria a su fallecido padre por tener incapacidad para heredar por falta de personalidad al no estar concebido a la muerte del autor de la herencia. Es por ello, que dado que los derechos sucesorios en ocasiones son consecuencia directa del vínculo de filiación existente entre padres e hijos, creemos necesario reformar el artículo 1314 de nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal.

Por ello, proponemos se le reconozca personalidad jurídica para heredar al concebido y después nacido post-mortem para ser considerado no sólo como heredero de la sucesión de su padre, sino también de aquellas personas que motivadas por algún sentimiento afectivo deseen instituir al futuro concebido y después nacido post-mortem como heredero de sus bienes.

Además, creemos también es necesario implícitamente fijarle a la cónyuge o concubina superviviente un término para que lleve a cabo los actos tendientes para engendrar al hijo “superpóstumo”, si desea que éste herede de la sucesión del autor en cuestión, ya que como hemos estudiado la fecundación post-mortem puede verificarse días, meses, e incluso años después de que se obtuvieron tanto el espermatozoides como el embrión que dan origen a la misma. Sin embargo, la apertura y el trámite de la sucesión en comento no pueden retardarse ni estar a merced de la decisión que pueda o no tomar la mujer del varón fallecido de engendrar o no al “superpóstumo”, por tanto si bien pugnamos porque se le brinde el derecho a heredar al concebido y después nacido post-mortem, también estamos conscientes que debemos de respetar los derechos e intereses de los demás herederos del difunto, no dejándolos en un estado de incertidumbre hasta que se verifique la concepción o el implante del embrión en el vientre materno situación que como puede verificarse, también puede no realizarse nunca.

Por ello, proponemos que se le de a la cónyuge o concubina superviviente como plazo máximo, para engendrar al hijo “superpóstumo”, a efecto de que éste pueda heredar los bienes del autor de la sucesión, todo el tiempo que precede al inicio de la tramitación de la sucesión de que se trate, ya que una vez iniciada la misma, si el hijo “superpóstumo” no se encuentra engendrado en el seno materno no podrá heredar al autor de la sucesión, pero no quedará desprotegido jurídicamente porque gozará de los demás derechos inherentes a su filiación paterna en términos del artículo 353 Quintus por nosotros propuesto. Ya que recordemos que precisamente para no dejarlo desprotegido legalmente es que no limitamos la realización de la inseminación o implantación del “superpóstumo” a un determinado tiempo. Esto es así, porque si bien es cierto que el citado hijo pierde el derecho a heredar en la sucesión de su padre, no queda en estado de indefensión ya que podrá darse los supuestos legales,

pedir alimentos a los parientes consanguíneos de su padre y en general reiteramos, gozará de todos los derechos inherentes a su filiación paterna.

Por todo lo antes expuesto es que proponemos la reforma del artículo 1314 del Código citado en los siguientes términos:

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.

Sin embargo, tratándose del hijo engendrado en términos del artículo 353 Quintus, tendrá derecho a heredar al autor de la sucesión pese a no haber estado concebido o implantado en el vientre materno al tiempo de la muerte de aquel, siempre y cuando la futura madre del referido menor, al tiempo de iniciarse la tramitación de la sucesión correspondiente ya se encuentre embarazada, debiéndose aplicar en lo conducente las disposiciones del Libro Tercero Título Quinto, Capítulo I previstas en el presente Código.

4.8 Efectos jurídicos de la fecundación post-mortem.

4.8.1 Con respecto a la filiación.

El regular la figura de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal en los términos que hemos propuesto, traería como principal consecuencia, el determinar la filiación paterna del hijo “superpóstumo” desde su concepción o implantación en el vientre materno, además de que el citado vínculo jurídico se acreditaría de manera inmediata, a través de la escritura pública o el testamento que contenga el reconocimiento realizado en los

términos del artículo 353 Quintus que hemos propuesto. Esto, sin perjuicio de que con posterioridad al nacimiento del hijo post-mortem de su padre se procediere a realizar la inscripción en el Registro Civil correspondiente del nacimiento en cuestión, para de ésta manera obtener el acta de nacimiento del menor reconocido, en la que conste definitivamente tanto su filiación paterna como materna, sirviéndole a su vez como documento probatorio de ambos vínculos jurídicos en todas aquellas situaciones en las que a lo largo de su vida le sea necesario acreditar su procedencia con respecto de su madre o bien de su padre. En este orden de ideas, como una consecuencia lógica del acreditamiento de la filiación del concebido y después nacido vía fecundación post-mortem mediante los medios probatorios antes señalados, destaca el que se le brindaría una protección jurídica total desde su concepción en el vientre materno y hasta después de su nacimiento debido a que se le garantizaría el goce de todos los derechos inherentes a su filiación paterna, tales como: El derecho a llevar el nombre civil de su progenitor, el derecho a que se le proporcione alimentos por parte de aquel, el derecho que tiene todo hijo a heredar en sucesión legítima a su progenitor, y el derecho que tiene todo hijo a ser reconocido como pariente consanguíneo por parte de la familia de su padre.

En este orden de ideas, cabe señalar que otro efecto jurídico que tendría la regulación de la figura en estudio, es el hecho de que se abriría la posibilidad de desvirtuar la filiación paterna que se establece con el reconocimiento realizado por el difunto progenitor con respecto del hijo “superpóstumo”, cuando en realidad su viuda o concubina no hubiese empleado su material reproductor para procrear al citado hijo, situación que se lograría con la inclusión de nuestro artículo 368 Bis, ya que mediante éste se da acción contradictoria de reconocimiento a los parientes consanguíneos del difunto para despojar al nacido post-mortem del falso estado con el que se ostenta, cuidando de esta manera los intereses del difunto.

4.8.2 Con respecto al parentesco.

Otro efecto jurídico que tendría el regular en los términos propuestos la figura de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal, es el relacionado con el parentesco, ya que una vez determinada la filiación paterna del concebido y después nacido post-mortem, se le reconocería a éste el parentesco consanguíneo que, indudablemente tendría con la familia de su padre, puesto que no olvidemos, independientemente de la forma tan peculiar en que se lleva a cabo este tipo de fecundación el hijo “superpóstumo”, sería hijo biológico de su fallecido progenitor.

En este orden de ideas, una vez reconocido jurídicamente el parentesco consanguíneo existente entre el hijo “superpóstumo” y los parientes consanguíneos de su padre, surtirían efecto las consecuencias jurídicas que para tal tipo de parentesco prevé nuestro Código Civil para el Distrito Federal, y que al decir del maestro Rafael Rojina Villegas son las siguientes:

- 1.- Crea el derecho y obligación de alimentos.
- 2.- Origina el derecho de heredar en la sucesión legítima, o la facultad de exigir una pensión alimenticia en la sucesión testamentaria, bajo determinados supuestos.
- 3.- Crea determinadas incapacidades en el matrimonio. En la tutela legítima constituye la base para el nombramiento de tutor.
- 4.- Origina los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen sólo entre padres e hijos, abuelos y nietos, en su caso.

1.8.3 En materia sucesoria.

La regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal en materia sucesoria traería como principal consecuencia

jurídica, el hecho de otorgarle al concebido y después nacido post-mortem de su padre capacidad jurídica para heredar en sucesión legítima y en sucesión testamentaria, no sólo la herencia de su progenitor sino la de cualquier persona que lo instituyere, en el caso de una testamentaria como heredero o legatario.

Con respecto a la sucesión legítima como dijimos se le otorgaría al concebido y después nacido post-mortem capacidad jurídica para heredar no sólo a su padre, sino a cualquier pariente consanguíneo tanto de éste último como de su madre, siguiendo claro está la prelación que para tales efectos señala nuestro Código en cita, ésto en respeto a los derechos que por su calidad de herederos tendrían otras personas. Sin embargo, se le daría al citado concebido y después nacido la oportunidad de heredar la sucesión de cualquier persona que ya sea por ley o por su voluntad lo instituya como heredero, aunque de no cumplir su madre con el requisito de tiempo por nosotros propuesto tal oportunidad se vea menguada, y no como actualmente sucede que en definitiva el hijo “superpóstumo” no podría por ningún motivo suceder a persona alguna, y en especial a su padre por tener incapacidad para heredar por falta de personalidad.

En suma, se producen todas las consecuencias jurídicas derivadas de la filiación biológica.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La fecundación post-mortem es un medio de reproducción humana, por virtud del cual mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida se logra la inseminación artificial de una mujer con el espermatozoide de su cónyuge o compañero fallecido o bien la implantación en la mujer de un embrión formado con su óvulo y el espermatozoide de su cónyuge o compañero fallecido, siempre y cuando tal implantación se realice con posterioridad a la muerte del varón.

SEGUNDA.- Al emplearse una fecundación “in vitro” con transferencia de embriones (FIVTE) con el objeto de procrear un hijo vía fecundación post-mortem, la concepción puede presentarse con posterioridad a la muerte del progenitor o bien antes del fallecimiento de aquel, dando como consecuencia que en éste último supuesto no nos encontremos estrictamente ante una fecundación post-mortem sino ante una “implantación post-mortem”. Pese a lo anterior doctrinalmente ésta hipótesis se denomina indistintamente fecundación post-mortem, tendencia que hemos seguido en la redacción del presente trabajo.

TERCERA.- En términos generales las hipótesis que pueden dar lugar a la figura de la fecundación post-mortem son las siguientes:

1.- Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.

2.- Embrión concebido en vida de sus padres genéticos, crioconservado, pero implantado en el seno materno después de la muerte de su progenitor.

3.- Embrión concebido e implantado con posterioridad a la muerte de su padre genético en el seno materno.

4.- Embrión concebido en vida de sus padres genéticos, crioconservado, pero implantado en el útero de una tercera mujer, después de la muerte de su madre biológica por disposición de su cónyuge o compañero superstite.

5.- Embrión concebido e implantado con posterioridad a la muerte de su madre genética en el útero de una tercera mujer, por disposición del cónyuge o compañero superstite.

6.- Embrión crioconservado cuyos padres genéticos mueren, siendo implantado en el útero de una tercera mujer.

CUARTA.- En la redacción del presente trabajo, sólo se propondrá la regulación en el Código Civil para el Distrito Federal de las siguientes hipótesis de la fecundación post-mortem:

1.- Inseminación artificial de la mujer con semen del marido o conviviente ya difunto.

2.- Embrión concebido en vida de sus padres genéticos, crioconservado, pero implantado en el seno materno después de la muerte de su progenitor y

3.- Embrión concebido e implantado con posterioridad a la muerte de su padre genético en el seno materno.

QUINTA.- Los requisitos que deben reunirse para dar lugar a la figura de la fecundación post-mortem al decir de la doctrina son los siguientes:

1. Se requiere que la procreación humana se realice mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial o la fecundación “in vitro” con transferencia de embriones.

2. Es necesario que el padre fallecido hubiese manifestado su voluntad para asumir la paternidad del hijo “superpóstumo” nacido mediante la técnica de reproducción asistida que se trate.

3. Es imprescindible que el deceso del varón de la pareja se hubiese llevado a cabo antes de que se presente la concepción del hijo si la técnica de reproducción asistida empleada fuese la inseminación artificial, o bien se requiere que tal fallecimiento hubiese tenido lugar antes de la implantación del embrión en la mujer si se opta por la fecundación “in vitro” con transferencia de embriones (FIVTE).

4. Es necesario que la cónyuge superviviente tenga la voluntad de procrear un hijo de su marido o compañero fallecido.

SEXTA.- Científicamente en la actualidad, en nuestro país, será posible la realización de una fecundación post-mortem mediante el empleo por un lado de técnicas de reproducción asistida tales como: La fecundación “in vitro” con transferencia de embriones (FIVTE) y la inseminación artificial (I.A), aunado además a la aplicación de la denominada criopreservación.

SÉPTIMA.- Independientemente de la técnica de reproducción asistida que se pretenda emplear, para realizar una fecundación post-mortem siempre se debe de utilizar el material genético del varón de la pareja y nunca el de un donador.

OCTAVA.- En la actualidad las figuras de la fecundación post-mortem y la implantación post-mortem no se encuentran reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal por lo que se propone su incorporación en el citado ordenamiento jurídico.

NOVENA.- La figura de la fecundación post-mortem en nuestro país está implícitamente prohibida siendo por ello ilegal su realización.

DÉCIMA.- La fecundación post-mortem no debe ser prohibida, por las consecuencias que de ella se derivan: El nacimiento de un ser humano que no tiene en nada la culpa de las condiciones en que fue concebido, el cual requiere de una protección jurídica adecuada misma que no se lograría al prohibir la figura en comento, ya que si ésta se efectuara incluso de manera ilegal, no habría forma alguna de evitar el nacimiento y al no estar éste último previsto por el Código Civil para el Distrito Federal el hijo nacido carecería de la citada protección.

DÉCIMA PRIMERA.- Actualmente, de darse una fecundación post-mortem en la Ciudad de México, se crearía un serio problema jurídico porque el Código Civil para el Distrito Federal no contempla protección jurídica alguna para el hijo “superpóstumo”.

DÉCIMA SEGUNDA.- Las desventajas que surgen por la no regulación de la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal serían entre otras las siguientes:

- 1.- Se le privaría al “superpóstumo” del derecho que tiene todo menor de llevar el apellido de su padre.

2.- Se le retiraría al “superpóstumo” el derecho que tiene todo menor a que se le proporcione alimentos por parte de su progenitor.

3.- Se le quitaría al “superpóstumo” el derecho que tiene todo hijo de heredar en sucesión legítima a su progenitor y

4.- No se le respetaría al hijo “superpóstumo” el derecho que tiene todo hijo a ser reconocido como pariente consanguíneo por parte de la familia de su progenitor biológico, no aplicándosele a aquel todas las consecuencias jurídicas que de éste tipo de parentesco se derivan y que hemos mencionado con anterioridad.

5.- Se vulneraría la Convención sobre los Derechos del Niño.

6.- Se discriminaría al hijo “superpóstumo”.

DÉCIMA TERCERA- En consecuencia, es necesario reformar el *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*, en especial en su artículo 56 con el objeto de permitir el empleo de técnicas de reproducción asistida no solamente para la solución de problemas de esterilidad, cuando se tenga por objeto la realización de una fecundación post-mortem, de ésta manera la citada figura ya no sería una práctica ilegal en nuestro país.

DÉCIMA CUARTA.- Así mismo, se sugiere regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal mediante la incorporación de los artículos 353 Quintus y 368 Bis, cuyas hipótesis normativas quedarían en los siguientes términos:

Artículo 353 Quintus.- Puede gozar de todos los derechos inherentes a su filiación paterna, el producto fecundado o implantado en el útero materno con posterioridad a la muerte de su padre, siempre y cuando éste por medio de escritura pública o testamento declare expresamente:

1.- Que reconoce como hijo suyo, al producto fecundado por su mujer con su material reproductor después de su muerte o

2.- Que reconoce como hijo suyo, al producto de la fecundación “in vitro” con su material genético y el de su mujer durante su vida, pero implantado en el útero de aquella con posterioridad a su muerte.

Para los efectos señalados en el presente artículo, se presume salvo prueba en contrario, que el hijo concebido por la cónyuge supérstite o concubina del varón fallecido fue concebido con el material reproductor de éste, siempre y cuando la mujer no contraiga nuevo matrimonio o se una en concubinato después del fallecimiento del varón y hasta el nacimiento del hijo.

Artículo 368 Bis.- En el caso del reconocimiento realizado en términos del artículo 353 Quintus, tendrán acción contradictoria de reconocimiento aquellas personas que tengan derecho a heredar al varón fallecido en sucesión legítima.

Tal acción contradictoria, sólo podrá ser ejercitada dentro de los seis meses siguientes, contados a partir de que los herederos tuvieron conocimiento del nacimiento del menor reconocido.

DÉCIMA QUINTA.- De igual forma se sugiere la adición del párrafo cuarto al artículo 80 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

Artículo 80.- Si el reconocimiento se hace por alguno de los otros medios establecidos en este Código, se presentará, dentro del término de quince días ante el Juez del Registro Civil, el original o copia certificada del documento que lo compruebe.

Deberá procederse conforme a lo dispuesto por los artículos 78 y 82 de este ordenamiento.

En los casos de sentencia judicial de reconocimiento de paternidad bastará la presentación de la copia certificada de la sentencia ejecutoriada para que se dé cumplimiento.

Tratándose del reconocimiento realizado en términos del artículo 353 Quintus, los documentos a que se refiere el párrafo primero del presente artículo, se presentarán dentro del término de quince días ante el Juez del Registro Civil, procediéndose a levantar el acta de nacimiento correspondiente, debiéndose exhibir dentro del mismo término la documentación con la que se acredite la fecundación o implantación post-mortem.

DÉCIMA SEXTA.- En este orden de ideas, igualmente se propone la adición del párrafo segundo al artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

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.

Sin embargo, tratándose del hijo engendrado en términos del artículo 353 Quintus, tendrá derecho a heredar al autor de la sucesión pese a no haber estado concebido o implantado en el vientre materno al tiempo de la muerte de aquel, siempre y cuando la futura madre del referido menor, al tiempo de iniciarse la tramitación de la sucesión correspondiente ya se encuentre embarazada, debiéndose aplicar en lo conducente las disposiciones del Libro Tercero, Título Quinto, Capítulo I previstas en el presente Código.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Consideramos, que las ventajas de regular la fecundación post-mortem en el Código Civil para el Distrito Federal mediante nuestra propuesta serían las siguientes:

1.- La filiación paterna del hijo “superpóstumo”, estaría determinada y acreditada desde su concepción y hasta después de su nacimiento.

2.- Se procuraría al concebido y después nacido vía fecundación post-mortem el derecho a recibir alimentos de su progenitor.

3.- Se garantizaría al nacido vía fecundación post-mortem el derecho que tiene todo hijo a llevar el nombre y apellido de su progenitor.

4.- Se respetaría desde su concepción y con posterioridad al nacimiento del hijo nacido vía fecundación post-mortem, el derecho que tiene todo hijo de heredar desde su concepción y hasta después de su nacimiento en sucesión legítima e incluso testamentaria a su progenitor.

5.- Se aseguraría al concebido y después nacido vía fecundación post-mortem el derecho que tiene todo hijo a ser reconocido como pariente consanguíneo respecto de la familia de su progenitor. Y con ello se le aplicarían

todas las consecuencias jurídicas que de este tipo de parentesco se derivan y que hemos mencionado con anterioridad.

6.- Se facultaría a los parientes del autor de la sucesión, para contradecir el reconocimiento por él realizado, cuando el hijo “superpóstumo” no sea de aquel, para evitar de ésta forma que se le tratase de imputar una paternidad de manera indebida.

7.- No se vulneraría la Convención sobre los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- CÓRDOBA, Jorge Eduardo y Julio C. Sánchez Torres. Fecundación humana asistida. “Aspectos jurídicos emergentes”. (Col. Lecciones y Ensayos 10). Alveroni Ediciones. Argentina. 2000.
- 2.- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares”. Quinta edición. Porrúa. México. 1999.
- 3.- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. “Relaciones jurídicas paterno filiales”. Quinta edición. Porrúa. México. 2004.
- 4.- DE IBARROLA, Antonio. Cosas y sucesiones. Décimo cuarta edición. Porrúa. México. 2004.
- 5.- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de familia. Cuarta edición. Porrúa. México. 1993.
- 6.- DE PINA, Rafael. Elementos de derecho civil mexicano. “Introducción, personas, familia”. Volumen I. Vigésimo tercera edición. Porrúa. México. 2004.
- 7.- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La fecundación in vitro y la filiación. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1993.
- 8.- GUERRA FLECHA, José María. et. al. Dilemas éticos de la medicina actual- II. “Procreación humana asistida: Aspectos técnicos, éticos, y legales”. Serie V. Universidad Pontificia Comillas. España. 1998.
- 9.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El patrimonio. “El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad”. Octava edición. Porrúa. México. 2004.

10.- HIDALGO ORDÁS, Ma. Cristina. Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente en el marco de la experimentación genética. Editorial Bosch. España. 2002.

11.- HURTADO OLIVER, Xavier. El derecho a la vida ¿Y a la muerte? “Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, y suicido asistido. Problemas éticos, legales y religiosos”. Segunda edición. Porrúa. México. 2000.

12.- LOYARTE, Dolores y Adriana E. Rotonda. Procreación humana artificial: Un desafío bioético. Segunda edición. Ediciones Depalma. Argentina. 1995.

13.- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de derecho civil. “Derecho de familia”. Tomo III. Segunda edición. Porrúa. México. 2001.

14.- MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. Derecho tecnológico. “La nueva inseminación artificial. (Estudio ley 22 de noviembre 1988)”. Central de Artes Gráficas. España. 1989.

15.- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de familia. Quinta edición. Porrúa. México. 1992.

16.- MORO ALMARAZ, Ma. Jesús. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Librería Bosch. España. 1988.

17.- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva. Derecho internacional privado. Parte especial. (Col. Textos Jurídicos Universitarios). Oxford. México. 2000.

18.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. "Derecho de familia". Tomo II. Novena edición. Porrúa. México. 1998.

19.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. "Introducción y personas". Tomo I. Novena edición. Porrúa. México. 1999.

20.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. "Sucesiones". Tomo IV. Décima edición. Porrúa. México. 2003.

21.- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación y delito."La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho". Astrea. Argentina. 1990.

22.- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde la perspectiva del derecho civil español. Editorial Civitas. España. 1988.

HEMEROGRAFÍA.

1.- CAMACHO SANTOS, Guadalupe. "Madres hoy. Inseminación artificial a la carta". Día siete. Número 300. México. 30 de abril de 2006. pp. 64-69.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

1.- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo V. Vigésima edición. Heliasta. Argentina. 1981.

2.- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo VI. Vigésima edición. Heliasta. Argentina. 1981.

3.- COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. “Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo”. Argentina. 1993.

4.- Enciclopedia Encarta 2004. Microsoft Corporation.2004.

LEGISLACIÓN.

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Agenda de Amparo 2006. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Décima primera edición. ISEF. México. 2005.

2.- Ley General de Salud. Agenda de Salud 2006. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Séptima edición. ISEF. México. 2005.

3.- Código Civil Federal. Agenda Civil del Distrito Federal 2005. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Novena edición. ISEF. México. 2005.

4.- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Agenda de Salud 2006. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Séptima edición. ISEF. México. 2005.

5.- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Agenda de Salud 2006. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Séptima edición. ISEF. México. 2005.

6.- Código Civil para el Distrito Federal. Agenda Civil del Distrito Federal 2006. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Décima primera edición. ISEF. México. 2005.

7.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Agenda Civil del Distrito Federal 2006. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Décima primera edición. ISEF. México. 2005.

8.- Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal. Agenda Civil del Distrito Federal 2006. Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia. Décima primera edición. ISEF. México. 2005.

INTERNET CONSULTADO.

- 1.- <http://www.aaba.org.ar/bi170p22.htm>
- 2.- <http://www.cddhcu.gob.mx>
- 3.- http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_1_cap_3.htm
- 4.- <http://www.datadiar.com/actual/legislacion/civil/CL000026.htm>
- 5- http://www.fcen.uba.ar/prensa/noticias/2002/noticias_29may_2002_03
- 6.- <http://www.geaweb.org/03Bio/107.htm>
- 7.- <http://www.reproduccion.com.mx>