

LA FILIACIÓN: PROBLEMAS JURÍDICOS ACTUALES

Carmen GARCÍA MENDIETA

La filiación puede considerarse como hecho natural y como hecho jurídico. En tanto que hecho natural, existe siempre con relación a todos los individuos: cada ser humano es, infaliblemente, hijo de una madre y de un padre.¹ El hecho natural de la procreación interesa al derecho en la medida en que da lugar a una relación social especial. Por la procreación nace a la vida un nuevo sujeto de derechos, una "persona", en sentido jurídico, que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Se origina, igualmente, una relación especial entre los procreantes y el procreado, que importa deberes y derechos recíprocos.² Desde un punto de vista jurídico y en sentido estricto, filiación es el vínculo que une a dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. La norma jurídica se basa en el hecho biológico de la procreación para establecer la relación de derecho entre los padres y el hijo.³

El estado de familia (*status familiae*) es la posesión que el individuo ocupa en la familia como miembro de la misma; y el estado de filiación (*status filii*) es la posición que ocupa el individuo, dentro de la familia, como hijo.⁴

En materia de filiación —como en tantas otras—, nuestro sistema jurídico proviene del *Corpus Iuris*, enriquecido con las aportaciones del derecho canónico y llegado hasta nosotros por la doble vertiente del antiguo derecho español y del derecho francés, a través del Código Napoleón, de 1804.

De acuerdo al sistema jurídico tradicional, que aún nos rige, la filiación reposa sobre un dato de hecho: el vínculo biológico. Pueden existir casos en que haya un vínculo biológico filial y no exista un vínculo jurídico filial: cuando un hijo sea procreado fuera de matrimonio y no se pueda determinar quién es el padre.

¹ Ibarrola, Antonio de, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1981, p. 356; Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, parte general, personas, familia*, México, Porrúa, 1980, p. 617.

² Cicu, Antonio, *La filiación* (trad. de F. Jiménez y José Santa Cruz Texeiro), Madrid, Reus, 1930, p. 16.

³ Galindo Garfias, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 617.

⁴ Cicu, *op. cit.*, *supra*, nota 2, p. 18.

Pero no se da, según nuestro derecho el caso contrario: siempre que haya un vínculo jurídico filial, existirá la presunción de que hay detrás de él un vínculo biológico que lo sustenta.

Toda la reglamentación que formula el legislador sobre la filiación reposa en tres postulados fundamentales:

1. Todo nacimiento es necesariamente el fruto de una aproximación física entre un hombre y una mujer.

2. La maternidad se determina por el hecho del parto y, por tanto, es indubitable: *mater semper certa est, pater incertus*.

3. La paternidad sólo puede ser conocida a través de la investigación de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el padre en la época legal de la concepción; ésta se calcula según la fecha del nacimiento.

Con relación a la mujer casada, los hijos que dé a luz se presumen hijos de su marido. Esta presunción se funda en los deberes de cohabitación y de fidelidad del matrimonio y, si bien no es una presunción absoluta, la prueba en contrario está limitada a casos muy específicos y concretos por la ley. Este principio, plasmado en el axioma latino *pater is est quem nuptiae demonstrat*, está consagrado en todos los códigos civiles de nuestro sistema occidental, tributarios de los derechos romano y canónico. El artículo 324 del C. C. para el D. F. lo acoge expresamente:

Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. . .

La paternidad del hijo de mujer no casada, al no existir presunción de cohabitación con respecto a ningún hombre en particular, sólo puede probarse por un acto de voluntad del padre, el reconocimiento, o mediante un juicio de investigación de la paternidad.

Recapitulando, encontramos que la filiación para la ley, desde antiguo y en forma incontestable, es el resultado de un hecho genético. Para Colin y Capitant, el parentesco es un lazo natural, derivado de la procreación, que a veces es independiente de la voluntad.⁵

En la época actual, estas verdades incontrastables sobre las que reposaba —y reposa aún— el orden jurídico, se han visto subvertidas, desbordadas y desmentidas. Y este fenómeno lo podemos apreciar desde dos ángulos diversos:

⁵ Colin, Henri y Capitant, Ambroise, *Curso elemental de derecho civil* (trad. Demófilo De Buen), Madrid, Reus, 1952, t. I, p. 542.

En un plano filosófico-doctrinario, por una parte; en un plano fáctico, por otro lado.

Cada uno de estos enfoques ha encontrado su expresión en sendos instrumentos jurídicos, que marcan —a mi entender— dos hitos claves en la historia moderna de la filiación: la reforma al capítulo respectivo del Código Civil francés, de 3 de enero de 1972 (Ley 72-3); y un fallo del Tribunal de Gran Instancia de Créteil —también en Francia— de fecha 1º de agosto de 1984.

Me referiré brevemente al contenido de estas normas, para después detenerme en el derecho mexicano, tratando de analizar en qué medida han incidido los cambios legislativos operados y las tendencias apuntadas por las corrientes doctrinarias actuales en materia de filiación.

1. Ya por la década de los 50, la doctrina comenzó a desplazar el eje del sistema jurídico tradicional, alrededor del cual se estructuraba la filiación: el dato genético. Empezó a hacerse hincapié en el elemento voluntario del individuo; o sea, la voluntad como fuente creadora del vínculo filiatorio, independientemente de la verdad biológica que ello entrañara.

En América Latina, Díaz de Guíjarro acuñó la expresión de “la voluntad procreacional”. Anteriormente, en Francia, por decreto-dey de 29 de julio de 1939, se había creado la legitimación adoptiva, perfeccionada por ley de 8 de agosto de 1941, según la cual el niño adoptado de acuerdo a este régimen, cesaba de pertenecer a su familia de origen (artículo 370) y pasaba a integrarse a la familia de adopción, con todos los derechos y obligaciones de un hijo legítimo. Se creaba, para el hijo no nacido de un determinado matrimonio, un verdadero *status filii* y, más aún, un *status familiae*. La voluntad de asumir a un hijo como propio, con todas las consecuencias legales y en forma irrevocable, suplía la carencia de parentesco consanguíneo y creaba un vínculo filial idéntico al que pudiese existir con respecto a un hijo biológico.

En México, los estados de Quintana Roo e Hidalgo acogieron esta figura jurídica, bajo el nombre de adopción plena.

Por obra de una ficción legal, se permite establecer un lazo jurídico entre un hombre y una mujer y un niño, independientemente de todo lazo de sangre. Por la voluntad de las partes y del legislador, es totalmente lícito crear una filiación desde todo punto de vista igual a la legítima, sin tomar en cuenta los datos objetivos de la concepción y del nacimiento.

En este mismo Congreso, el doctor Pedro Michaca señalaba la existencia de un doble parto: el parto biológico y el parto psicológico. Podríamos decir que, en el supuesto de la adopción plena, se produce por un lado el parto biológico, experimentado por la madre que concibió y dio a luz; y el parto psicológico, sería aquél de la madre adoptante de un recién nacido, quien recibe al vástago como a un hijo de su propia sangre.

Este papel de la voluntad adquiriendo relevancia por encima del hecho genético, se vio consagrado y llevado hasta sus últimas consecuencias por la citada ley francesa de 1972. Ella le otorga a la voluntad una función de primer orden en el establecimiento del lazo de filiación; pero, asimismo, la voluntad individual puede obrar en sentido negativo: impedir que el niño acceda al estado civil que pudiese corresponderle por su nacimiento. Históricamente, la facultad de los padres de rechazar al hijo parece haber existido en la antigua Grecia, y también en Roma: pero ese poder de rechazar no pertenecía por entero a los padres, sino a determinadas instancias públicas: los ancianos en Esparta, el paterfamilias en Roma.⁶ La ley francesa de 1972 permite a los padres del niño recién nacido, no crear a su respecto un lazo de filiación. Ello es atemperado por obra, a su vez, de la voluntad del hijo, quien podrá, en el futuro, aportar las pruebas de su vínculo filial. No solamente dejó de existir en Francia la obligación de establecer un vínculo jurídico filiatorio, sino que la propia ley organiza un sistema de abandono del niño, que hace desaparecer la prueba de todo lazo filial. La madre juega un papel más importante que el padre, pues ella puede eventualmente privar a su marido, contra la voluntad del mismo, del derecho a la paternidad. En la legislación anterior a 1972, ese poder, reconocido a la mujer casada, no existía: si ella quería privar al marido de la paternidad, debía mantener su propio anonimato en relación con el nacimiento, cosa que le era permitida por los artículos 41 y siguientes del Código de la Familia y de la Ayuda Social. A partir de la reforma de 1972, el artículo 313 del Código Civil reconoce a la mujer casada el derecho de inscribir al niño en el registro civil, ya sea con el nombre de su marido o con el suyo de soltera. De modo que la mujer casada dispone, por su sola voluntad, de la paternidad de su esposo. Si el niño fue inscrito con el nombre de soltera de su madre, la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrat* no operará. En ese caso el marido podrá intentar un juicio para lograr hacer admitir su paternidad, con todo lo aleatorio que ese procedimiento pueda tener.⁷

Explica la doctora Josefina Muriel⁸ cómo en la sociedad mexicana del siglo XIX existían establecimientos donde la mujer casada podía dar a luz al hijo adulterino en forma secreta. La mujer francesa, como consecuencia de la reforma legislativa de 1972, dispone de la filiación de su hijo, no como un hecho clandestino, oculto o vergonzante, sino en ejercicio de los derechos que le acuerda la legislación de la materia. O sea que se ha llevado

⁶ Raymond, Guy, "Volonté individuelle et filiation par le sang", *Revue trimestrielle de droit civil*, París, Sirey, núm. 3, julio-septiembre 1982, año 81, p. 541.

⁷ *Idem*, p. 543-544.

⁸ "De la familia novohispana del siglo XVIII a la mexicana del siglo XIX"; ponencia presentada a este mismo Congreso.

al plano jurídico la exacerbación de lo que los psicólogos llaman "la diada madre-hijo".

2. El segundo enfoque a que me referí anteriormente, es decir el plano de los hechos, está dado por los progresos de la ciencia en el campo de la biología genética.

Actualmente la realidad nos permite separar al acto sexual de la procreación en dos sentidos diversos: puede haber cópula sin procreación, por obra de las modernas técnicas anticonceptivas. Puede existir procreación sin conjunción carnal, por medio de los avances que en el terreno de la fertilización y la genética ha logrado la investigación científica. Puede asimismo, un hijo nacer de mujer que no sea madre desde el punto de vista genético, cuando un óvulo ajeno, fecundado, es implantado en el útero de aquélla para dar a luz.

Para estas realidades, el derecho no ha aportado todavía respuestas adecuadas. Existe una corriente doctrinaria que postula como la mejor solución el silencio de la ley, el dejar librado a la conciencia de cada quien la manera de regular sus situaciones personales en la esfera de la procreación (especialmente en Francia, país de fuerte raigambre liberal).

A mi entender ello no es aceptable, porque los conflictos surgidos entre los particulares llegan a los tribunales —y Estados Unidos constituye un ejemplo fehaciente, entre otros países— y el juez no puede dejar de fallar por falta y obscuridad de la ley; éste es un principio fundamental de hermenéutica jurídica, consagrado por el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia." La ley puede tener lagunas, y las tiene; el derecho, en cuanto conjunto de reglas armónicas que organizan la sociedad, no puede tenerlas. A falta de ley aplicable a un caso concreto, el juez debe recurrir a los principios generales del derecho para resolver un conflicto (artículo 19).

Allí donde existe una ley, sea del orden público o del orden privado, sea del derecho penal o del civil, hay un bien jurídico protegido, un valor social, material o moral que el legislador desea tutelar.

Hoy en día, además de los bienes jurídicos secularmente conocidos, la doctrina habla de nuevos valores tutelables; así, se discute sobre el *derecho al niño*, entendido como el derecho que toda mujer tendría procrear, prevaleciendo de las técnicas que la ciencia pone a su disposición; se habla de un *derecho del embrión*, como ente susceptible de protección, refiriéndose al embrión fecundado en forma extracorpórea (*in vitro*); se encara la existencia de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad de una progenie sana.

Pero, fuera del campo de la doctrina, contamos con un conjunto de normas jurídicas que deben regular necesariamente una realidad que se le está

escapando; el juez se ve obligado a aplicar viejos moldes a los hechos nuevos.

¿Qué respuestas serían las correctas de acuerdo a la formulación actual del derecho mexicano?

La procreación se entendió tradicionalmente como uno de los fines del matrimonio; este fin fue protegido por el derecho. El Código Civil para el Distrito Federal de 1870 definía el matrimonio, en su artículo 159, como "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". El Código Civil de 1928 dispone, entre los requisitos para contraer matrimonio, que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie se tendrá por no puesta; de manera que no podría hacerse valer por un cónyuge contra el otro.

Los juristas se preguntan si es válido el presupuesto contrario, si existe un derecho a procrear haciendo uso de cualquier tipo de técnica que la ciencia ponga a su disposición de las personas. En otros términos, si existe el llamado "derecho al hijo".

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º, establece que "Toda persona tiene derecho a decidir, de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos." Este precepto puede entenderse en dos sentidos diversos: por una parte, consagra el derecho de la persona a no procrear necesariamente como consecuencia de la relación carnal: permite hacer uso de las medidas de anticoncepción que cada quien libremente determine, de acuerdo a sus convicciones personales. Por otro lado, sienta un principio permisivo para quien resuelva tener hijos. No se deduce de la norma constitucional ningún impedimento para que la persona —titular del derecho— acuda a los modernos medios proporcionados por la ciencia para lograr la maternidad o la paternidad. Esta interpretación encuentra asimismo fundamento en la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial* de 7 de febrero de 1984, cuya entrada en vigor se produjo el primero de julio del mismo año. Un título de la ley está dedicado a la planeación familiar y se remite expresamente al artículo cuarto constitucional. El artículo 67 de la citada ley señala que la planificación familiar comprende: "El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana." El resto del articulado pone el acento en los métodos anticonceptivos.)

El "apoyo y fomento de la investigación" en los aspectos de infertilidad humana y biología de la reproducción supone, el de las conclusiones y consecuencias a que tal investigación conduzca.

Pero, a nivel más concreto, los medios de procreación que actualmente están al alcance de las personas con problemas de fertilidad se encuentran en una etapa paralegal, puesto que ninguna ley los regula específicamente

y de modo directo, para fijar sus límites y establecer las responsabilidades emergentes de su aplicación.

Inseminación artificial

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928⁹ no previó ni pudo prever los problemas que plantea la inseminación artificial en la especie humana.

La inseminación homóloga (*cum semini mariti*), es decir aquella que se efectúa con el espermatozoide del esposo aplicado a su esposa, no plantea ningún problema jurídico especial: el hijo que se pueda concebir por este método es hijo de matrimonio al mismo título que uno concebido por la vía corriente.

El problema se plantea cuando se trata de la inseminación heteróloga (*cum semini extranei*), con semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja. La doctrina jurídica extranjera se divide en dos opiniones. Una de ellas postula la prohibición de este tipo de fecundación (Castán Tobeñas en España, ciertos autores franceses, italianos y belgas). Otros autores expresan que es necesario distinguir según si la inseminación se realiza en mujer soltera o casada y, en este caso, según exista o no consentimiento del esposo.

Examinemos cada caso a la luz del derecho mexicano. El artículo 466 de la citada Ley General de Salud dispone:

Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de 1 a 3 años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resultara embarazo se le impondrá prisión de 2 a 8 años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Este precepto, en su inciso primero, tipifica un delito cuyo sujeto activo sería aquél que inseminase artificialmente a una mujer sin consentimiento de ella, o a una mujer que no pudiese pronunciar consentimiento válido, por minoridad o incapacidad. Es un delito de los llamados formales o de mera conducta: no es necesario que se produzca el resultado (embarazo) para que el hecho criminoso quede consumado; la producción del resultado opera solamente como circunstancia agravante. El delito admite la incriminación en grado de tentativa; el bien jurídico protegido es, a mi entender, la libertad de concebir, que está protegida a nivel constitucional por el artículo 4o.

⁹ Este código fue promulgado prácticamente sin modificaciones en el resto de los Estados de la República.

Mujer libre de matrimonio

Armonizando esta norma con las pertinentes del Código Civil ocurre que, en cuanto dice relación con la mujer soltera (viuda o divorciada, en su caso) capaz y mayor de edad, no existe impedimento legal alguno que la prive del derecho a recurrir a la inseminación artificial. El hijo concebido por esta vía sería, para la ley, un hijo fuera de matrimonio, con todos los derechos y obligaciones que tal filiación implica. La mujer podrá reconocerlo expresamente e inscribirlo en el Registro Civil como hijo suyo y de padre desconocido; el hijo adquirirá derecho a los dos apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad; madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentario y sucesorio.

Ahora bien: ¿qué sucede con relación al donante de esperma? La ley permite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, si se dan ciertos supuestos establecidos por el artículo 382 del Código Civil.¹⁰ Uno de estos supuestos es el de que el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Se denomina "principio de prueba" a cualquier indicio cierto que pueda conducir a la averiguación de la verdad en juicio. Si, a partir de ese indicio o principio de prueba el hijo pudiese individualizar sin duda alguna al autor del embarazo de su madre, éste sería legalmente declarado padre y quedaría sujeto a las responsabilidades emergentes de la filiación; tendría para con su hijo obligación alimentaria, habría un derecho sucesorio, el hijo sería adjudicatario del apellido de su padre. No existe en nuestro país ninguna disposición legal que proteja al anonimato del donante de esperma —tal y como acontece en legislaciones extranjeras que se han dictado para regular estos casos— o que releve al donante de sus responsabilidades.¹¹ También es cierto que el profesional (médico, laboratorista, etcétera) que haya intervenido en el procedimiento de la inseminación está amparado por el secreto profesional, cosa que torna difícil la prueba contra el donante de semen. Existe en este aspecto en nuestro derecho una laguna legal ya que, al permitirse el procedimiento de la inseminación artificial, debería protegerse al dador del semen,

¹⁰ I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción; II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre; III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente; IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

¹¹ El Código Civil y de la Familia de Costa Rica, de 1979, en su artículo 72, inciso 3ro., dice: "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de la filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades."

cuya voluntad no es la de asumir una paternidad sino meramente la de hacer donación de la sustancia seminal.

Mujer casada

En caso de mujer casada que fuese sometida a inseminación heteróloga, podemos distinguir los efectos jurídicos con relación a la filiación del hijo y con relación al estado matrimonial.

Filiación del hijo. Con respecto a la filiación del hijo nacido por ese procedimiento, no cabe duda de que será hijo de matrimonio, por aplicación del principio *pater is est quem nuptiae demonstrat*, acogido por el artículo 324 del Código Civil. Legislaciones extranjeras distinguen entre el supuesto de que el marido haya dado su consentimiento o no para la inseminación. Algunos ordenamientos positivos imponen el consentimiento escrito e, incluso, que éste quede archivado en el expediente clínico. En Estados Unidos 16 estados exigen que el consentimiento sea otorgado por escrito y 9 de ellos requieren que el mismo quede archivado, con carácter confidencial.¹²

En México, la única disposición legal a este respecto es el ya transcrito inciso segundo del artículo 466 de la Ley General de Salud: la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. No requiere la ley que el consentimiento se manifieste por escrito. De cualquier modo, sería deseable en la práctica que los profesionales que interviniesen en la inseminación recabasen el consentimiento escrito de ambos esposos, para seguridad —en materia probatoria y para el caso de conflicto— tanto de los cónyuges como de los mismos profesionales. La norma legal es de las llamadas "imperfectas", puesto que su incumplimiento carece de sanción. Las únicas sanciones previstas son las del artículo 417 de la misma ley, de carácter puramente administrativo, aplicables al profesional que hubiese procedido a inseminar sin consentimiento del marido (I. multa; II. clausura temporal o definitiva —de la clínica—, que podrá ser parcial o total; III. arresto hasta por 36 horas).

Si como efecto de la inseminación naciese un hijo, la filiación del mismo no se vería alterada por el hecho de que el marido haya dado o no su consentimiento para la inseminación de su esposa. El hijo será siempre atribuido al marido de la madre, en virtud del principio *pater is est quem nuptiae demonstrat*. Para que un hombre pueda impugnar la paternidad del hijo dado a luz por su esposa, la ley le permite invocar y probar solamente dos extremos: a) que le haya sido físicamente imposible tener acceso carnal a la misma en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento (periodo legal de la concepción, artículo 325 del Código Civil);

¹² Venturatos Lorio, Kathryn. "Alternative means of reproduction: virgin territory for legislation". *Louisiana Law Review*, julio 1984, núm. 6, pp. 1645-1646.

b) que haya existido adulterio de la esposa y que se le haya ocultado al marido el nacimiento, o bien que éste demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal a su esposa (artículo 326). No bastaría para poder impugnar la paternidad que se probase el adulterio de la cónyuge y, más aún, que ésta manifestase que el hijo no es de su esposo: la ley exige, en forma acumulativa, el adulterio probado más alguno de los extremos vistos, es decir, la ocultación del nacimiento o la falta de conjunción carnal durante los diez meses anteriores al mismo.

Las normas sobre filiación —y, en general, sobre el estado civil de las personas— son de orden público y de interpretación estricta. De modo que, aunque el esposo pudiese demostrar que existió inseminación artificial sin su consentimiento, e incluso produjese prueba hematológica (inmunológica, etcétera) que pusiese de manifiesto una incompatibilidad de grupos sanguíneos con su supuesto hijo, ello no tendría relevancia jurídica: para la ley será el padre de ese hijo y estará sujeto a las obligaciones emergentes de su paternidad.¹³

La doctrina extranjera duda aún sobre la forma en que se debe legislar y regular, en especial, la inseminación heteróloga, ya que ésta pone en tela de juicio principios tradicionales, como la presunción *pater is est...*, y el carácter de orden público de las acciones relativas a la filiación, basados en la unidad biológica de la familia. En Francia, por ejemplo, si bien “el niño concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido” (artículo 312, inciso I del Código Civil), por el inciso segundo del mismo artículo se da al marido la posibilidad de probar, por cualquier medio de prueba adecuada, que el hijo no es suyo. Algunos autores proponen que este artículo sea reformado, en el sentido de que no se pueda desconocer la paternidad en el caso de que el esposo haya consentido la inseminación artificial heteróloga de su mujer. Pero ello chocaría, entonces, con el artículo 311-9, según el cual las acciones que emanan de la filiación no pueden ser objeto de renuncia. En 1976, el Tribunal de Gran Instancia de Niza declaró admisible la acción de desconocimiento de la paternidad intentada por el marido que había autorizado a su esposa para practicarse la inseminación heteróloga (Fallo de 30 de junio de 1976).¹⁴

Estado matrimonial. Con respecto al estado matrimonial, a las relaciones de los cónyuges entre sí, años atrás, cuando comenzaron a llegar a los

¹³ No ocurre lo mismo en la legislación francesa, a partir de la reforma al Código Civil de 1972. El artículo 312 de dicho Código, en su versión actual, expresa: “L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père.”

¹⁴ Robert, Jacques, “La révolution biologique et génétique face au droit”, *Revue du droit public*, Paris, núm. 5, sep-oct. 1984, pp. 1256-1299.

tribunales, en el extranjero, los conflictos derivados de la inseminación heteróloga, la tendencia jurisprudencial predominante fue la de considerar que había en estos casos adulterio de la mujer. En Italia, por la década de los 40, se declaró adúlteras a las mujeres que recurrieron a la inseminación heteróloga aun con el consentimiento del marido. En 1921 la Corte Suprema del Canadá consideró adulterio la inseminación sin consentimiento del esposo. En el mismo sentido, la Corte de Illinois, en 1954, aun cuando mediase consentimiento. En Nueva York, hasta 1963 fueron declarados ilegítimos los hijos nacidos por este procedimiento.¹⁵ Posteriormente, con la difusión alcanzada por tales técnicas de fecundación, los jueces cambiaron de criterio. En 1963 la Corte de Nueva York falló en el sentido de que no existe adulterio por inseminación. *Idem* la Corte de California y asimismo algunas cortes europeas.

En México resulta claro que no existe adulterio, aun cuando no medie consentimiento del esposo. A diferencia de Italia, en que el adulterio está tipificado en el Código Penal como un delito contra el matrimonio, en el Código Penal mexicano se trata de un delito sexual. Presupone la relación carnal con persona de distinto sexo y se exige que el adulterio haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo (artículo 273). El adulterio es la violación máxima del deber de fidelidad y sólo se configura cuando existen relaciones sexuales extramatrimoniales. Ya las Leyes de Partidas hablaban del adulterio como el que comete un individuo que "yace en dañado ayuntamiento". Y no habiendo ayuntamiento en la inseminación artificial, mal puede configurarse adulterio, ni como delito ni como causal de divorcio.

Puede considerarse que existe, en cambio, una causal de divorcio basada en la injuria grave que se inferiría por la mujer a su esposo, al decidir inseminarse sin su consentimiento.

El artículo 267 del Código Civil (fracción XI) prevé como causal de divorcio las injurias graves de un cónyuge para con el otro. Pero el divorcio, si bien entraña la disolución del matrimonio, no afecta la filiación de los hijos concebidos durante el mismo, y el marido no estaría en posibilidad legal de desconocer al hijo nacido por inseminación con espermatozoides de un donante extraño.

Fecundación post mortem

Un problema que está lejos de encontrar su regulación en los textos de derecho positivo es el de la fecundación de la esposa viuda con semen, previamente conservado mediante congelación, del esposo fallecido.

Concitó la atención pública en Francia el caso de Corinne Parpalaix,

¹⁵ *Op. cit.*, *supra*, nota 12, p. 1644.

joven viuda que reclamó judicialmente el semen congelado de su esposo, depositado tres años antes de la muerte del mismo en el banco estatal de esperma CECOS. La repercusión del proceso pasó desde los periódicos a las revistas jurídicas, que se ocuparon profusamente del asunto. El segundo de los instrumentos jurídicos a que me refería más arriba, y que ha marcado un hito en la historia moderna de la filiación, es el fallo del Tribunal de Gran Instancia de Créteil, de fecha 10. de agosto de 1984, que dispone la entrega del esperma a la esposa y examina varios aspectos del problema. Los hechos que surgen de autos son los siguientes:

Alain Parpalaix vivía con Corinne Richard, cuando contrajo un cáncer a los testículos. Ante el riesgo de quedar estéril como consecuencia del tratamiento prescripto por su médico, depositó en el banco estatal de esperma (Centro de Estudio y Conservación del Esperma, CECOS) una toma de substancia seminal. El 23 de diciembre de 1983, Alain Parpalaix se unió en matrimonio civil y religioso con su compañera Corinne. Parpalaix murió dos días después, el 25 de diciembre de 1983.

Los padres del difunto, René Parpalaix y Maryse Peglion, y la viuda Corinne Richard, entablan formal demanda contra el banco de esperma CECOS, solicitando la devolución de la toma de esperma de Alain Parpalaix, con el objeto de proceder a la inseminación artificial de su esposa viuda. Piden que la entrega se haga por intermedio de un médico.

El CECOS contesta pidiendo que se desestime la demanda. En subsidio, solicita que se establezcan por el Tribunal las condiciones de la entrega (si la demanda fuese acogida) o el destino futuro del producto (en caso de rechazo de la pretensión).

La litis se sustancia en audiencia del 27 de junio de 1984; los alegatos de las partes y la vista fiscal se producen en audiencia del 11 de julio. Se cita para sentencia.

El tribunal hace lugar a la demanda, en sentencia del primero de agosto de 1984. Resuelve que el CECOS deberá entregar al médico designado por la parte actora la toma del esperma, dentro del plazo de un mes contado a partir de la fecha en que recaiga ejecutoria de la sentencia. De no realizarse la petición de la toma del producto por la demandante, el mismo deberá ser destruido. En caso de negativa a realizar la entrega, se condenará al CECOS a una multa de mil francos por día de retraso a partir de una semana de la fecha fijada para la entrega. Las costas se pusieron de cargo de la parte actora, dado que el Tribunal consideró totalmente respetable la posición del CECOS.

El primer problema que el Tribunal de Gran Instancia de Créteil se aplicó a resolver fue el de la delimitación del asunto sometido a su jurisdicción; en este sentido, se declaró que se trataba exclusivamente de la entrega o no del esperma: el aspecto de la inseminación propiamente dicha era de la

esfera de decisión exclusiva de la viuda y de su médico (éste a su vez sujeto a las normas de deontología profesional). El tribunal consideró que el problema de la filiación del niño, en caso de que naciera, quedaba fuera de la *litis* planteada ante su jurisdicción.¹⁶

El problema de la filiación de un niño que hubiese nacido por fecundación *post mortem*, se habría resuelto en Francia, a estar a las normas de derecho positivo, de la misma forma que en México. El artículo 315 del Código Napoleón y el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal amparan con la presunción de paternidad del esposo al hijo nacido dentro de los 300 días contados a partir de la disolución del matrimonio. En consecuencia, el infante nacido después de ese lapso no sería hijo de matrimonio para la ley: no tendría derecho a llevar el apellido de su padre, no tendría vocación hereditaria con respecto al caudal que eventualmente hubiese dejado el *de cuius*.

El Tribunal de Créteil consideró que las condiciones de conservación y devolución del esperma y la inseminación posterior de la viuda son cuestiones que no están prohibidas por la ley; ni siquiera están reglamentadas. Advirtió además que son hechos que no se oponen al derecho natural, siendo la procreación uno de los fines del matrimonio.

Una de las facetas más interesantes del desarrollo del proceso tiene que ver con la prueba aportada por las partes y su valoración por parte del Tribunal: éste puso énfasis en todo momento en averiguar cuál había sido la verdadera voluntad de Alain Parpalaix. Así, adjudicó especial relevancia a la actitud del mismo, quien durante su enfermedad —y de acuerdo con su compañera— quiso preservar sus posibilidades de tener un hijo, depositando una toma de esperma en el banco demandado. Reafirmando esta conclusión, dos días antes de su muerte contrajo matrimonio civil y religioso con la destinataria de la substancia seminal. Valoró el Tribunal el testimonio de los padres de la señora Parpalaix (Pierre y Danielle Richard) y, muy especialmente, la actitud de los padres del difunto —code mandantes en el juicio— ya que éstos estuvieron en condiciones de conocer las intenciones profundas de su hijo.

Podemos apreciar cómo la filosofía jurídica que se desprende de la valoración de la prueba y del razonamiento jurisprudencial, se emparenta con la doctrina de la "voluntad procreacional" *ratio legis* que está en la base, a su vez, de la reforma legislativa de 1972 del Código Napoleón. Voluntad llevada, en este caso, más allá de los límites de la vida humana del ser creatura de la volición.

Otros aspectos que interesan al derecho —aunque axiológicamente menos trascendentes— se debatieron en el proceso de Créteil; por ejemplo, la natu-

¹⁶ En definitiva Corinne Parpalaix no concibió, debido a la pobreza del esperma.

raleza jurídica del contrato realizado entre el depositante de semen y el banco depositario. No se trata —para el Tribunal— de un contrato de depósito, tal y como éste aparece regulado en el Código Civil: la cosa depositada es una substancia que contiene germen de vida, destinada a la procreación de un ser humano y no una cosa que esté en el comercio. Tampoco entra en la categoría de “donación de órgano”, regulada por ley de 22 de diciembre de 1976, por ser de diferente naturaleza el esperma y los órganos de la persona humana. Se trata, entonces, de un contrato específico, que impone al CECOS la obligación de conservación de la substancia en las condiciones adecuadas y la de restitución de la misma, ya sea al propio depositante o a la persona a quien estuviese aquélla destinada.

Como problema procesal, se entendió que la sentencia no admite ejecución provisoria, o sea que no procede el llamado efecto devolutivo (por razones obvias, en virtud de lo irreversible de una fecundación).

Al margen de lo debatido en el proceso, se plantean al intérprete muchos otros interrogantes que sobrepasan largamente el ámbito del derecho de la filiación *strictu sensu*. Por ejemplo: ¿quiénes tendrían legitimación activa en un juicio de esta naturaleza, si el derecho de fondo estuviese regulado por la ley? Hablamos más arriba de nuevos bienes jurídicos tutelables, entre ellos el “derecho al hijo”. Pero, cuando los padres de Alain Parpalaix estamparon su firma al pie de la demanda conjuntamente con su nuera, ¿no reivindicaban con ese acto su “derecho al nieto”? ¿Durante qué lapso después de la muerte del dueño del semen podría intentarse la fecundación de su viuda? ¿Podría testar el depositante acerca del destino de su substancia seminal? ¿Podría admitirse la inseminación de la concubina?, ¿la de la mujer que ocasionalmente hubiese tenido relación con el causante, la de aquélla que jamás lo hubiese conocido?

Las respuestas posibles que a estas interrogantes —y a otras muchas— el derecho pueda y deba dar, implican posiciones filosóficas, psicológicas, morales, teológicas, deontológicas. . .

Fecundación extracorpórea

Para la fecundación extracorpórea —o *in vitro*— las soluciones legales acerca de la filiación son las mismas que para la inseminación artificial. El hecho de que la fecundación se realice en el claustro materno o fuera de él no cambia nada, para la ley, en lo que al hijo respecta.

Si se trata de fecundación con gametos proporcionados por la pareja, el hijo resultante será hijo de matrimonio. Lo mismo sucede si alguno de los gametos proviene de donante extraño: una vez insertado el embrión en el

¹⁷ El artículo 315 del Código Napoleón dice: “La présomption de paternité n'est pas applicable a l'enfant né plus de trois cents jours apres la dissolution du mariage. . .”

útero de la mujer, ésta será la madre para la ley. Si es casada, el marido será el padre legal de ese hijo.

Otro aspecto del problema se presenta cuando existen embriones no utilizados para implantar en una determinada mujer.¹⁸ Surge la pregunta sobre qué se puede hacer con ellos: ¿se pueden desechar, se pueden usar para la investigación, se pueden conservar para futuras implantaciones?

No existe ninguna disposición legal específica dictada para el caso. Pero la Ley General de Salud puede aplicarse —a mi entender— para regular la situación jurídica del embrión fecundado *in vitro*. Esta ley tiene un título dedicado al “control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres humanos”. Otorga competencia a la Secretaría de Salubridad y Asistencia para ejercer el control sanitario de la disposición de esos elementos. Su artículo 314 define qué se entiende por “disposición”:

...el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación.

La ley regula todo lo atinente al manejo de materia orgánica de seres humanos, y lo hace aplicable al embrión en lo que fuere pertinente.

El artículo 349 dice: “Para el control sanitario del embrión se estará a lo dispuesto en este Título, en lo que resulte aplicable, y en las disposiciones reglamentarias que al efecto se expidan.”

El embrión está definido como “el producto de la concepción hasta las trece semanas de la gestación” (artículo 414, fracción II).

Tiene especial importancia el artículo 334:

Cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración salvo que se requiera para docencia o investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán conservarlos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salubridad y Asistencia, en los términos de los reglamentos respectivos.

De la armonización de estas disposiciones legales se concluye que el embrión no utilizado para una implantación en particular se debe incinerar, salvo que se requiera para docencia o investigación, en el cual caso se podrá conservar, o remitir a una institución docente autorizada. La ley se refiere

¹⁸ Cuando se procede a fecundar óvulos *in vitro* para una implantación, no se fecunda uno solo, sino varios, pero no se implantan todos, de modo que restan embriones disponibles.

en general al "embrión" y no especifica si se trata sólo del fecundado en el cuerpo de la mujer o también el obtenido *in vitro*. Donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir, de acuerdo al secular principio de hermenéutica. Además, la funcionalidad de una ley requiere de una interpretación progresiva de la misma.

Es de destacar que el Código Penal no tipifica ningún delito imputable a quien suprima embriones humanos fecundados fuera del cuerpo de la mujer, o a quien los utilice para la investigación. No hay delito sin ley que lo establezca (principio de la tipicidad); no existe en el caso delito de aborto: éste, de acuerdo al artículo 329 del Código Penal, es "la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". Según el artículo 330 del mismo cuerpo legal, es sujeto activo del delito el "que hiciera abortar a una mujer"; queda excluido, entonces, todo embrión obtenido fuera del cuerpo de la mujer. Etimológicamente "aborto" proviene de nacer, y el *nasciturus* en el estado actual de nuestra legislación es el que está en el vientre materno.

"Préstamo de útero" o "maternidad subrogada"

Una situación difícil de resolver en el plano jurídico puede suscitarse en el caso del llamado "préstamo de útero", o "maternidad subrogada", como prefiere llamarle la doctrina estadounidense.

Este tipo de procreación supone dos actos teóricamente separables entre sí:

a) Contrato con la mujer que proporcionará el vientre hasta el momento del nacimiento y que alumbrará al hijo.

b) Entrega del niño a la pareja cuya mujer es estéril.

No es por cierto novedad de nuestra época este tipo de acuerdo; tal vez el primer ejemplo que registre la literatura está proporcionado por el Antiguo Testamento: siendo estéril Sarai, esposa de Abraham, pidió a su marido que fecundase a Hagar, su esclava egipcia.

"Quizá tendré hijos de ella", dijo Sarai. Hizolo así Abraham, y Hagar dio a luz a Ismael.¹⁹

A la luz del derecho mexicano, no es lícita esta forma de obtener descendencia para una pareja estéril.

a) en cuanto al contrato a llevarse a cabo por dicha pareja con la llamada madre subrogada: un contrato de este tipo, en los hechos, puede ser gratuito u oneroso, según se realice o no mediante precio convenido. Pero en ambos casos sería inexistente (de acuerdo a la clasificación tripartita que recoge el Código Civil para el Distrito Federal: inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, artículos 2224 y 2225); ninguna de las partes podría ejercer acciones tendentes a obtener su cumplimiento.

¹⁹ Génesis, 12, 2.

El artículo 1794 del Código Civil requiere, como elemento de existencia, un "objeto que pueda ser materia del contrato". A su vez el artículo 1825 establece que "la cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza; 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o. Estar en el comercio".

La gestación de un ser humano no es cosa que pueda estar en el comercio de los hombres.

Por otra parte ¿quién es madre para la ley? Madre es aquélla que da a luz al hijo. Esto puede ser genéticamente cierto o no, según quien proporcione el óvulo, según que haya existido sencillamente fecundación artificial de la madre subrogada con semen del hombre cuya mujer es infecunda o que haya mediado —además— trasplante de embrión. Ello es indiferente para la ley: madre es la que lleva al hijo en su vientre y la que da a luz. La ley de continuo se refiere al hecho del parto; por ejemplo, al regular la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, el artículo 360 dice que, con relación a la madre, la filiación resulta *del solo hecho del nacimiento*. Las normas sobre el Registro Civil también parten de la base del parto para establecer la maternidad.²⁰

Si la madre subrogada fuese casada (requisito que exigen en Estados Unidos los llamados "comités de madres subrogadas", no regulados por la legislación de ningún estado de la Unión)²¹ el hijo habido por comisión de otra pareja sería hijo legítimo de la subrogada y de su esposo, por el juego de la presunción *pater is est*...

b) no existe forma jurídica alguna para que el hijo procreado por encargo pase a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril. El Código Penal tipifica como delito "Atribuir un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre". Y ya vimos quién es madre para la ley. Asimismo, es punible la conducta de aquél que presente un niño al Registro Civil "suponiendo que los padres son otras personas" (artículo 277 del Código Penal para el Distrito Federal).²²

Quedará solamente la posibilidad de que el niño fuese adoptado por la pareja estéril; pero en el Distrito Federal y en las entidades federativas (con la excepción de los Estados de Hidalgo y Quintana Roo) no está legislada la adopción plena; el sistema de adopción simple presenta limitaciones que no lo asimilan en sus efectos a una paternidad biológica (no rompe los lazos con la familia de origen, es revocable y es impugnabile

²⁰ Artículos 54 a 76 del Código Civil para el Distrito Federal.

²¹ *Op. cit.*, *supra*, nota 12, p. 1655.

²² El artículo 60, inciso 2do., del Código Civil dispone que "La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo..."

en ciertos supuestos);²³ por lo tanto, el régimen de la adopción no colmaría las expectativas de una pareja que desease asumir un hijo como propio hasta las últimas consecuencias.

En conclusión, el procedimiento de la maternidad subrogada constituye una forma ilícita —y eventualmente delictuosa— de obtener descendencia para la pareja estéril, en el estado actual de las normas jurídicas mexicanas.

²³ Artículos 390 y ss. del Código Civil.