

CAPÍTULO SEXTO

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS A TRAVÉS DE UN ESTUDIO DE CASO

Gisela María PÉREZ FUENTES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Repensar el derecho civil*. III. *La constitucionalización del derecho civil en México*. IV. *La constitucionalización del derecho de familia en México en el contexto de los derechos humanos*. V. *Análisis de la constitucionalización del derecho de familia a partir del derecho a la identidad*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de constitucionalización ha tenido una importancia fundamental en el derecho civil, referente al rescate de la dignidad de la persona y también en el derecho de familia, que permea otras disciplinas del derecho como el laboral o el internacional privado, y también el derecho de propiedad como un derecho humano.

La constitucionalización del derecho civil en la mayoría de los países de Europa y América Latina se han producido fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, sin embargo, en México, desde principios del siglo XX, se dieron legislativamente avances jurídicos importantes para proteger a las personas más débiles y especialmente a las relaciones familiares. No es por casualidad que en 1917 se aprobara una ley especial sobre las relaciones familiares, explicando en su considerando:

Que las ideas modernas sobre igualdad ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares que [...] continúan basándose en el

rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico [...] Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad.

En este trabajo nos centraremos como objetivo general analizar el rescate de la dignidad de la persona para determinar su influencia en el derecho de familia.

La hipótesis que se presenta es la siguiente: la constitucionalización del derecho de familia implica el rescate y reconocimiento de la protección de la persona y su dignidad, en relación a otros derechos fundamentales como el interés superior de la niñez y el derecho a la identidad, para romper así con el paradigma de la concepción generalizada sobre la patrimonialización del derecho, reconociendo así los diferentes tipos de relaciones familiares con una nueva concepción jurídica protegida por la Constitución, en un ámbito superior del concepto familiar tradicional, que implican un cambio paradigmático en las consecuencias tradicionales del derecho privado.

II. REPENSAR EL DERECHO CIVIL

1. *Antecedentes y formación del derecho civil codificado en México*

El primer Código Civil formal del México liberado ha sido señalado como el Código Civil de Oaxaca, con una corta duración de 1827 a 1829;¹ sin embargo, el breve tiempo transcurrido desde el periodo revolucionario no permitía aún plasmar la realidad de las relaciones privadas que se iban conformando, y que ciertamente en muchos casos continuaban existiendo en el país; por esto, este Código Civil estuvo inspirado en el proyecto de Florencio García Goyena, jurista español que se inspiró en un modelo afrancesado, y del cual no resultó exactamente el Código Civil español de 1889.²

El movimiento codificador se consolidó en México a partir de la aprobación del Código Civil de 1870, como Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, cuando se rescataron los trabajos por la co-

¹ Icaza Dufour, Francisco de, “Breve reseña de la legislación civil en México, desde la época precortesiana hasta 1854”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Departamento de Derecho, núm. 4, 1972, p. 214.

² Castán Vázquez, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas” en varios autores, *Homenaje al profesor Juan Roca*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, pp. 153-162.

misión revisora del proyecto de Justo Sierra.³ El Código Civil de 1870 estuvo también enriquecido por el Código Civil francés y el proyecto de Código Civil de García Goyena antes mencionado; también tuvo influencia de otros códigos europeos, como el italiano y el portugués.

El 24 de mayo de 1884 se aprobó un nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que resultó ser una reproducción casi literal del de 1870, lo más significativo fue, salvo algunas modificaciones, la libertad de testar: un avance de la legislación civil, pues señalaba el artículo 3323: “Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado”.

Este derecho quedó limitado sólo por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, al cónyuge y a los ascendientes cuando no tengan bienes propios. El testador sólo estaba obligado a dejar alimentos a los descendientes legítimos, a los ilegítimos y a los ascendientes legítimos.⁴

Se consideran avances del Código Civil de 1884, la desaparición de la interdicción por la prodigalidad y la separación de cuerpos, sin que se constituyera el divorcio.

El Código Civil de 1884 sufrió dos importantes derogaciones:

- En 1914, la Ley del Divorcio Vincular permitió la disolución del vínculo conyugal y que los divorciados pudieran contraer un nuevo matrimonio.
- La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 derogó todo lo relacionado con el derecho de familia del Código Civil de 1884, y dio paso a una ley especial de 555 artículos, denominada Ley de Relaciones Familiares. Esta ley fue producto de un cambio político y social que se producía en otras instancias del país; por esto la reflexión en el considerando de la Ley familiar especial, en cuanto a los siguientes principios:⁵

³ Cruz Barney, Óscar, “La codificación civil en México, aspectos generales”, en *id. et al., Código Civil para el Gobierno Interior del Estado de los Zacatecos de 1o. de diciembre de 1829*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 1-18.

⁴ Brena Sesma, Ingrid, “La libertad testamentaria en el Código Civil de 1884”, en varios autores, *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 111-125.

⁵ Al respecto, véase el texto de la ley en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf>.

a) Que las ideas modernas sobre igualdad ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares que, continúan basándose en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico.

b) Que siendo la familia entre los romanos no sólo fuente de derechos civiles, sino también, desde muchos puntos de vista, una institución política constituida por la autoridad absoluta del *pater familias*, que tenía sobre los hijos un poder omnímodo que lo hacía dueño de sus personas y bienes en tiempo ilimitado, y sobre la mujer un poder semejante bajo la potestad del marido.

c) Que el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia, pues el derecho canónico aceptó las relaciones establecidas por el derecho romano, robusteciendo con los sacramentos la autoridad del marido sobre la mujer.

d) Que las legislaciones posteriores, aunque reconocieron el matrimonio como un contrato, siguió considerándose la idea canónica de la indisolubilidad del matrimonio y llegaron a darle a los bienes el carácter de una sociedad universal.

e) Mientras que en la Constitución de 1857 establecía la ineficacia del artículo 5o. en cuanto a cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida, menoscabo o irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, el Código Civil por el solo hecho de que la mujer celebrara un contrato de matrimonio, la incapacitaba por completo.

f) Que no sólo por las razones expuestas, sino también que las trascendentales reformas políticas llevadas a cabo por la Revolución, no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales y muy especialmente familiares.

g) Se elimina la denominación de hijos espurios y se mantiene la de hijos naturales.

h) Permite la administración de los bienes personales que tenían los cónyuges antes del matrimonio.

Algunas características que encontramos en la Ley de Relaciones Familiares son las siguientes:

- a) En el artículo 13 se definió el matrimonio como el contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Nótese que no existen elementos intrínsecamente patrimoniales, como sí asigna alguna sentencia contemporánea a la que nos referiremos con posterioridad.
- b) En el artículo 40 se establece que los cónyuges deben estar obligados a guardarse fidelidad.

- c) Por su parte, el artículo 45 refiere que el marido y la mujer tendrán plena capacidad para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, sin que el esposo necesite consentimiento de la esposa, ni ésta solicite licencia de aquél.
- d) Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad.⁶
- e) La obligación de darse alimentos es recíproca.⁷
- f) El divorcio disuelve el vínculo matrimonial: el adulterio es una de las causas de la disolución matrimonial.⁸
- g) El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio. El adulterio del marido será causa de divorcio cuando concurren determinadas causas: 1) que el adulterio haya sido en casa común, 2) que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal; 3) que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer ilegítima, o 4) que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra a la mujer legítima.⁹

2. Código Civil de 1928

El Código Civil de 1928¹⁰ fue expedido por el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias que le fueron concedidas por el Congreso de la Unión,¹¹ con fundamento en el artículo 49 de la Constitución de 1917, que establecía que no se podrían reunir dos o más de los tres poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme al artículo 29, que precisaba:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Pre-

⁶ Cfr. Artículo 43 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

⁷ Al respecto, véase artículo 51 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

⁸ Cfr. Artículos 75 y 76 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

⁹ Véase artículo 77 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

¹⁰ Fue promulgado el 30 de agosto de 1928 con el título de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

¹¹ El código fue elaborado por una comisión redactora integrada por los abogados Ángel García Peña, Ignacio García Téllez, Fernando Moreno y Francisco H. Ruiz. Cfr. Cruz Barney, Óscar; “La codificación civil en México, aspectos generales”, *op. cit.*, p. 17.

sidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión [...] podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, pero deberá hacerlo por un tiempo limitado.

Algunos autores consideran que existieron dudas sobre la constitucionalidad del Código Civil de 1928, porque lo consideraron improcedente de acuerdo a los artículos 29 y 49, y si era cierto que el citado último artículo no contenía una prohibición total, en este mismo precepto se establecía de forma expresa el único caso en el cual, en aquel momento, se podían delegar facultades extraordinarias al presidente.¹²

La jurisprudencia determinó la constitucionalidad del Código Civil de 1928, al considerar válida y fundada la delegación de facultades realizadas por el Congreso de la Unión al presidente de la República, en tres tesis:

- La primera tesis de la Séptima Época se refiere a que el Código expedido por el presidente de la República es una ley que originalmente correspondió al Congreso emitir y, por lo tanto, al haber delegado facultades al presidente, éste gozaba de las mismas facultades del Congreso. El rubro de la tesis antes señalada es el siguiente: “LEY EMITIDA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN USO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS OTORGADAS POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN”.¹³
- La segunda en la cual describo los señalamientos fundamentales expedidos en ese momento por la Corte:

La expedición por el Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la Unión, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no vulnera el principio de división de poderes pues según ha interpretado esta Suprema Corte, la prohibición contenida en el texto original del artículo 49 entonces vigente, de que se reunieran dos o más poderes en una sola persona o corporación, impedía que uno fuera absorbido orgánicamente por el otro y desapareciera de la estructura del poder, pero no que el Congreso de la Unión transfiriera al Ejecutivo Federal ciertas facultades legislativas como un acto de colaboración en dos poderes dirigido a salvaguardar la marcha normal y

¹² Cárdenas Villarreal, Héctor Manuel, “El Código Civil Federal (Origen, fundamento y constitucionalidad)”, *Revista Mexicana de Derecho*, número 10, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008, pp. 3-35.

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, t. 217-228, p. 178.

regular de la vida en sociedad; fue hasta el año de mil novecientos treinta y ocho en que se adicionó un párrafo final a dicho precepto, cuando se tornó ilegítima esta práctica.¹⁴

- El texto de la tercera tesis es el siguiente:

Aun cuando es verdad que en ningún artículo de la Constitución se establecía de modo expreso la facultad del Congreso de la Unión para expedir el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dichas atribuciones se encontraban asentadas de manera implícita en diversos artículos constitucionales entre ellos el 14, 16, y 17 de la Ley Fundamental.¹⁵

En la edición original que se publicó del Código de 1928, la referencia fue la siguiente:¹⁶

PLUTARCO ELÍAS CALLES, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos a sus habitantes sabed:

Que en uso de la facultad que ha tenido a bien conferirme el H. Congreso de la Unión por decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926, y de 3 de enero de 1928, expido el siguiente:

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

Posteriormente, el 1o. de septiembre de 1932 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el “Decreto por el cual se previene que el Código Civil de 30 de agosto de 1928, comenzará a regir el 1o. de octubre de 1932”, en este caso el presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Pascual Ortiz Rubio, decretó:¹⁷

¹⁴ Tesis P./J. 12/93, CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. SU EXPEDICIÓN POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EJERCICIO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS ES CONSTITUCIONAL, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 71, noviembre de 1993, p. 10.

¹⁵ Tesis aislada P. LXXVII/95, CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AMBOS PARA EL DISTRITO FEDERAL. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TENÍA LA FACULTAD PARA EXPEDIRLOS (SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DEL PRECEPTO 122, FRACCIÓN IV, INCISO G, CONSTITUCIONAL, DE FECHA VEINTICINCO DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, octubre de 1995, p. 77.

¹⁶ Al respecto, véase http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf.

¹⁷ Puede leerse la publicación original en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_prev_01sep32_ima.pdf.

Que en uso de la facultad que me concede el artículo 1o. transitorio del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, expedido el 30 de agosto de 1928 [...] he tenido a bien expedir el siguiente:

DECRETO:

Artículo Único. Se reforma el artículo 1o. transitorio del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, expedido el 30 de agosto de 1928, que quedará en los siguientes términos:

Artículo 1o. Este Código comenzará a regir el 1o. de octubre de 1932.

Como se observa y conoce, existió una *vacatio legis* casi de cuatro años para que entrara en vigor el Código Civil de 1928; causas sociales y políticas, y el pensamiento filosófico mundial, habían influido en el desarrollo del articulado de este Código Civil que realmente considero el verdadero primer Código Civil de carácter mexicano, desprovisto ya de muchas influencias romanas, canónicas y colonialistas.

La *vacatio legis* se propició por la resistencia a estos anteriores cambios mencionados, que pueden resumirse en los siguientes dos incisos:

- a) El carácter de orden público que primaba sobre algunas relaciones contractuales y familiares fue considerado por los conservadores de la época como un Código demasiado progresista, y lo era. El Código Civil absorbió la Ley de Relaciones Familiares de 1917, sin perder la esencia de la misma en esta incorporación, como por ejemplo el divorcio vincular.

Las palabras de García Téllez explican desde una perspectiva social este momento de tránsito jurídico hacia el verdadero Código Civil mexicano:

Etapas éstas de exaltada intransigencia para los que añoran los regímenes seculares mantenedores de privilegios y rancios prejuicios; pero, en cambio, gozosamente anheladas por los que creemos en un nuevo orden de cosas más humano, más justo y más bello, a cuya sombra puedan crecer los nobles esfuerzos por la exaltación de la dignidad personal, base de la verdadera igualdad, y no la reconocida teóricamente en los códigos, para la mejor explotación del débil, del desamparado o del ignorante.¹⁸

¹⁸ García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1965, p. 1.

La falta de expedición de un Código Federal de Procedimientos Civiles acorde con el texto del Código Civil de 1928. En el caso del Distrito Federal, se expidió un nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. al 21 de septiembre de 1932, año en que comenzó a regir.¹⁹

- b) Además, la inestabilidad política y social de la época en la que se destacan atentados y asesinatos, como el del general Álvaro Obregón.

La influencia del pensamiento filosófico mundial se plasmó en la Constitución de 1917 e influyó definitivamente en el Código Civil aprobado en 1928, que empezó a regir después de una *vacatio legis* hasta 1932, y partió de los principios sociales de la que estaba investida la Constitución, modificando o limitando principios tradicionales del derecho civil, como que la autonomía de la voluntad y la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, al incorporar dos revolucionarios artículos no presentes en los códigos de origen romano francés, por cierto aún en los códigos civiles de los diferentes Estados, que cambia la relación jurídica patrimonial en los contratos. Las fuentes principales del Código Civil de 1928 quedaron identificadas con aportaciones de los códigos suizo, español, alemán, francés, ruso, chileno, argentino, brasileño, guatemalteco y uruguayo.

Las principales innovaciones, a nuestro parecer de carácter social, se distinguieron en los siguientes artículos:

- a) Igualdad del hombre y la mujer:

Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia la mujer no queda sometida por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles;

- b) Forma especial de lesión:

Artículo 17. Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia, o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado

¹⁹ En 1908 se expidió el nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, que inició su vigencia el 5 de febrero de 1909. Posteriormente, se dictó un nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1943. *Cfr.* Cruz Barney, Óscar, “La codificación civil en México, aspectos generales”, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

tiene derecho de pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación;

c) Ignorancia de la ley:

Artículo 21. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público;

- d) Incorpora la doctrina del abuso del derecho en materia de propiedad (artículo 840) y la del abuso del derecho en general, propia del derecho alemán (artículo 1912);
- e) Incorpora la reparación moral en el artículo 1916 derivado del patrimonial;
- f) La responsabilidad objetiva extracontractual (artículo 1913) con influencia rusa;
- g) El riesgo profesional (artículos 1935 a 1937);
- h) Se reguló la promesa de contratar (artículo 2243);
- i) Se otorgó la facultad a los jueces para que en vista del atraso, miseria y lejanía de las vías de comunicación de algunos individuos, pudieran eximirlos de las sanciones establecidas por la ley que ignoraban o bien otorgarles un plazo especial para su cumplimiento (artículo 2);
- j) Igualdad para el hombre y la mujer (artículo 168).

De los escasos códigos que han introducido modificaciones a estos artículos aparece el Código Civil de Nuevo León, por ejemplo,²⁰ que ha realizado una modificación en los términos siguientes:

Artículo 17. Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación./ El derecho concedido en este artículo dura un año.

²⁰ Código Civil para el Estado de Nuevo León, publicado en el *Periódico Oficial* el 6 de julio de 1935. Última reforma publicada el 31 de diciembre de 2018.

Artículo 21. La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Artículo 21 Bis I. Para la solución de situaciones jurídicas que requieran la aplicación de normas conflictuales, se aplicará el orden jurídico que tenga la más estrecha relación con ellas. Este principio dominante se observará en la interpretación de las siguientes disposiciones conflictuales creadas con esta finalidad por lo tanto el texto de cualquier disposición conflictual podrá ser pospuesto en todos aquellos casos en los cuales se justifique la presencia de una solución directamente basada en dicho principio.

Estos artículos, presentes aún en casi todos los códigos, protegen al débil social, adelantándose a su tiempo, y son importantes para algunas normas del derecho internacional privado que aparecen también en el Código Civil, como por ejemplo: el caso de extranjeros que se casan en México, la nacionalidad, entre otros.²¹

El Poder Judicial de la Federación ha tenido en cuenta también estos principios de protección al débil social; es de notar, obviamente en casos de derecho patrimonial, porque la persona o los derechos de la personalidad constitucionalizados no pueden entrar en el comercio.

El 25 de mayo de 2000 se publicaron en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* diversas reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en correspondencia con el artículo primero transitorio del decreto que las contiene, para denominarse como Código Civil para el Distrito Federal.²²

Por su parte, el 29 de mayo del 2000 fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, realizadas por el Congreso de la Unión. La denominación del Código se modificó para quedar como “Código Civil Federal”, reformándose el artículo 1o., en cuanto

²¹ Por ejemplo, artículos 14 y 15 del Código Civil Federal. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de junio de 2019.

²² La denominación “Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal” cambió para el Distrito Federal, a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* el 25 de mayo de 2000.

a que las disposiciones del Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal.²³

En esa fecha, se reformaron también los artículos 1803, 1805, 1811, y se adicionó el artículo 1834 bis vinculado con el 1834,²⁴ en lo que concierne a continuación:

Artículo 1834 Bis. Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios, sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

Las reformas entraron en vigor a los nueve días siguientes de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, es decir el 7 de junio siguiente, quedando modificada además de la denominación del Código, su ámbito espacial de validez. A partir de la reforma, se denominó la legislación civil como: “Código Civil para el Distrito Federal”. Por el Congreso de la Unión se denominó también como “Código Civil Federal”.²⁵

El ordenamiento civil se convirtió en dos distintos códigos civiles, los cuales son:

- El Código Civil para el Distrito Federal (cuya competencia es de la Asamblea Legislativa)²⁶ y,
- El Código Civil Federal (cuya competencia recae en el Congreso de la Unión).²⁷

²³ Cfr. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

²⁴ El artículo 1834 establecía: “Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó”.

²⁵ Cárdenas Villarreal, Héctor Manuel, “El Código Civil Federal (origen, fundamento y constitucionalidad)”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

²⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 18 de julio de 2018.

²⁷ Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes en 1928, cuya última reforma se publicó el 3 de junio de 2019.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN MÉXICO

Se denomina constitucionalización, en sentido estricto, al proceso histórico-cultural que culmina estableciendo una relación jurídica entre el detentador del poder político y los que están sujetos al poder, instrumentalizado a través de una Constitución.²⁸

Antecedentes y concepto

Después de la Segunda Guerra Mundial, la protección de los derechos humanos, a través de la creación de la Organización de Naciones Unidas en 1948, potenció que las nuevas constituciones europeas extendieran su contenido a la protección de los derechos fundamentales de los regímenes totalitarios, de igual forma las constituciones asumen los principios de la llamada democracia social, abandonando así la función clásica de regular únicamente el poder, elevando así los derechos fundamentales de las personas a normas constitucionales, y en algunos casos establecen mecanismos jurisdiccionales especiales para lograr la efectividad de estos nuevos derechos protegidos constitucionalmente.

Uno de los países que se establecen como antecedente fue Italia, donde el Código Civil de 1942 fue elaborado durante el régimen fascista, y después de la derrota del horrible régimen político se redacta la Constitución democrática de 1946. Se consideró que el Código Civil de 1942 era el código de los italianos y no del fascismo. Precisamente, la constitucionalización del derecho civil fue una forma de solución que se utilizó en el derecho italiano cuando los juristas pretendían aplicar el Código Civil de 1942, promulgado por el régimen fascista, pero subordinado a la Constitución antes mencionada.²⁹ Por otra parte, las nuevas constituciones asumen derechos íntimamente vinculados al derecho civil.³⁰

²⁸ Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1976, p. 23.

²⁹ Fue Pietro Perlingeri el padre de esta nueva forma de resolver el desarrollo del derecho civil a la luz de un sistema democrático. Cfr. Perlingeri, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, trad. de Agustín Luna Serrano et al., Madrid, Dykinson, 2008.

³⁰ Por ejemplo, el artículo 22 de la Constitución italiana señala que nadie puede ser privado por motivos políticos, de su capacidad jurídica, de la ciudadanía, del nombre.

El proceso de constitucionalización se da también en Alemania a través de una influencia considerable sobre el Código Civil por el trabajo de la Corte Constitucional Federal.³¹ Es precisamente en Alemania donde se impone la aceptación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares,³² posición sostenida también por el Poder Judicial de la Federación.

Los derechos fundamentales no son patrimonio del derecho público.³³ La transdisciplinariedad del derecho es el único mecanismo que en la actualidad permite su efectividad porque lo hace objetivo. Lo anterior significa que las normas de derecho privado y las normas de derecho público se complementan y entrelazan de tal forma que las anteriores normas de derecho privado están presentes en el derecho constitucional, pero con otro contenido, alejado de la estricta autonomía de la voluntad, y de la autocracia parental; por otra parte, surgen nuevos derechos constitucionales que, habiendo podido identificarse como derechos civiles, de la persona o de la familia, tienen una categoría superior de protección en el ámbito constitucional.

La internacionalización del derecho privado coadyuva a la constitucionalización del derecho civil en cuanto se muestra la abundancia de tratados, convenciones y declaraciones que asumen reglas y criterios para resolver relaciones entre particulares. Esto es particularmente relevante en lo referido a la protección de los derechos de las personas y de las minorías, en las relaciones de familia y en las de la contratación internacional.

La constitucionalización del derecho civil impone el rescate de la persona por encima del patrimonio, aunque éste no se abandona como derecho humano y fundamental. El derecho civil constitucional supone una elevación de rango formal de determinados principios aplicables al ámbito jurídico-privado.

³¹ Compulsar Busch, Christoph, “Fundamental Right and Civil Litigation in Germany: Changing Tides between Karlsruhe, Luxembourg and Strasbourg”, en Barsotti, Vittoria (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*. San Marino, Maggioli, 2013, p. 63.

³² Drittwirkung der Grundrechte, expresión alemana que significa “efecto frente a terceros de los derechos fundamentales”; entre varios autores, puede consultarse a Sarazá Jimena, Rafael, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

³³ Roca Trías, Encarna, “Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona”, en varios autores, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Bosch, 1993, vol. II, p. 1895.

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como han señalado diferentes autores, debemos comenzar a producir nuestras propias elaboraciones teóricas, sin por esto perder de vista la necesidad de aplicación directa al ordenamiento jurídico mexicano.³⁴

En relación al derecho de familia, la distinción con el derecho civil no se centra en que el primero pertenece al derecho social y el segundo al derecho privado, el tema superó esa simplicidad, pues todas las disciplinas del derecho protegen en primer lugar a la persona, siendo el artículo 1o. de la Constitución la base de todos los demás derechos, esto es, el principio *pro persona* o el rescate de la dignidad humana en la que se incluye la autonomía de la voluntad subordinada a la dignidad.

La característica de la constitucionalización del derecho familiar en México, al igual que todas las disciplinas, parte del respeto a la dignidad de la persona,³⁵ así como otros derechos fundamentales trascendentales que inician en el derecho civil, pero permean todo el sistema jurídico como el interés superior de la niñez y el derecho a la identidad.

1. *Derecho de familia, concepto y contenido: un cambio paradigmático*

La familia tradicional ha dado paso a una serie de relaciones de convivencia que han cambiado el concepto de familia tradicional.

Algunos autores desarrollan los distintos tipos que denominan nuevas formas de familia.³⁶

En el sistema jurídico mexicano, constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpreta-

³⁴ Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén, “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, *Quid Iuris*, México, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, núm. 15, 2011, pp. 33-55.

³⁵ El artículo 1o. de la Constitución establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana, base y condición de todos los demás derechos.

³⁶ Oliva Gómez, Eduardo, “El tránsito del concepto del derecho de familia al concepto de derecho de familias o derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI”, en Llamas Pombo, E. (coord.), *Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1157.

ciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.³⁷

El concepto de familia puede variar de un Estado a otro, según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pero existe un consenso internacional en cuanto a que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe estar protegida por la propia sociedad y el Estado.³⁸

En la actualidad, la familia es el conjunto de personas unidas por un lazo de filiación, adopción, matrimonio, concubinato u otra que tenga por objeto la realización de una comunidad de vida, o bien actos de solidaridad y que pueden o no habitar en el mismo lugar.³⁹ Este concepto, señala la autora de la definición anterior, se adapta a la realidad mexicana. En el contexto actual no hay un solo concepto universal y unívoco de familia, pues su contenido ha cambiado con el tiempo y en el espacio, en México, desde el siglo XX. La denominada familia moderna se integra bajo patrones de conducta que provocan una adaptación a las demandas sociales, donde aparecen familias matrimoniales de carácter monoparental y homoparental, de carácter urbano y rural, entre otros modelos.⁴⁰

La República mexicana se caracteriza por algunas normativas locales en relación a códigos familiares⁴¹ y leyes familiares.⁴²

³⁷ Tesis I.5o.C./J/11, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2133.

³⁸ *Cfr.* Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 10 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁹ González Martín, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coord.), *Las familias en el siglo XXI, una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 64.

⁴⁰ González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM-Porrúa, 2007, pp. 55-91.

⁴¹ Códigos familiares aparecen en Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas.

⁴² Existen leyes familiares en Coahuila de Zaragoza e Hidalgo.

Pero al respecto, es importante valorar si la solución a la constitucionalización del derecho de familia en México se encuentra con la promulgación de nuevos códigos familiares por cada estado.

La respuesta, al entender de la autora de este trabajo, es negativa. El asunto implica un cambio más paradigmático, se necesita trabajar en nuevas instituciones, que en una u otra norma, si se considera preferente al derecho de familia actual para otorgar respuestas a las realidades sociales y jurídicas desfasadas del derecho romano; revisando algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), nos encontramos con nuevas figuras jurídicas que no tienen explicación ni posibilidad de existencia en épocas anteriores, por ejemplo, interés superior del menor,⁴³ derecho a ser oído para decidir sobre guarda y custodia, matrimonio, familia, adopción; comaternidad, identidad y filiación jurídica. En fin, ciertamente todas estas instituciones se merecen un cuerpo legislativo que no coincide con lo que aparece en el Código Civil, pero tampoco con las realidades de los códigos familiares, aún y cuando se reconozca que unos están más avanzados que otros.

El asunto no se resuelve a partir del positivismo jurídico, aunque sus diferentes etapas han sido muy importantes en el desarrollo del derecho en la sociedad,⁴⁴ insisto, a partir de la creación de nuevas leyes con iguales figuras, sino que es imprescindible la transformación de cambios estructurales y paradigmáticos en las instituciones tales como persona, matrimonio, filiación ante las nuevas técnicas de reproducción asistida, divorcio, guarda y custodia, tutela, estado de interdicción. Estas instituciones deben tener un nuevo contenido contrario al que en su momento representó el derecho napoleónico, y deben además ponderarse con derechos fundamentales que rescatan el libre desarrollo de la personalidad, tales como dignidad humana, interés superior del menor, derecho a la identidad, y protección al débil social.

La regla general basada en la concepción de que la familia es una estructura fundamental de la sociedad implica e imbrica con numerosos derechos, no es posible obviar la evolución que ha sufrido el concepto de familia, concepto que no se limita a la tradicional, sino que incluye a las familias monoparentales, extendidas, acorde con esta evolución, el concepto del matrimonio actualmente se entiende como la unión de personas del mismo sexo, como normas que expresan la idea de fortalecer y proteger las diver-

⁴³ Tesis 2a./J. 113/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, agosto de 2019, p. 2328.

⁴⁴ Witker Velásquez, Jorge, *Hacia una nueva investigación jurídica*, México, UNAM-Porrúa, 2019, pp. 6-10.

sas estructuras familiares que las personas constituyen. En este contexto, es obligación del Estado la protección a la familia y al niño por estar íntimamente relacionados.⁴⁵

2. *La dignidad*

La dignidad ha sido reconocida, en la era de los derechos humanos, como norma y no solamente como valor. Se considera el derecho a la dignidad como principio, base y condición de todos los derechos, toda vez que representa el valor principal de los seres humanos, nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no debe asumir, a no ser que ésta sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo.⁴⁶

El derecho a la dignidad aparece principalmente en la Constitución⁴⁷ y otras leyes complementarias como la Ley General de Víctimas que la define como valor, principio y derecho fundamental base, y condición de todos los demás. Implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos, y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares.⁴⁸

Las normas se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, favoreciendo a las personas en la protección más amplia.⁴⁹

En cuanto a la jurisprudencia mexicana, destacamos los principios que se definen en los principales criterios del Poder Judicial:

- a) La dignidad humana constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética: el Pleno de la Suprema Corte ha sostenido que la

⁴⁵ Beloff, Mary, “Artículo 17. Protección a la familia”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 425 y 426.

⁴⁶ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 628.

⁴⁷ Véase artículo 1 de la Constitución, último párrafo: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

⁴⁸ *Cfr.* Artículo 5 de la Ley General de Víctimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013. Última reforma publicada el 3 de enero de 2017.

⁴⁹ Reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.⁵⁰

- b) La dignidad humana constituye un derecho fundamental que debe considerarse como un derecho humano a partir del cual se reconocen: la superioridad de las personas frente a las cosas, la paridad entre las personas, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima.⁵¹

V. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA A PARTIR DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental avalado por tratados internacionales y por la Constitución federal para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad que comprende derechos interrelacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, y el Estado queda obligado a garantizarlo mediante todos los medios que disponga para hacerlo efectivo, pero el derecho a la identidad no sólo lo constituye la posibilidad de solicitar y recibir datos sobre esta información privada y familiar, sino que a partir de esos derechos se pueden derivar otros distintos, como son los de alimentación, educación, salud y sano esparcimiento.

El derecho a la identidad es un derecho complejo, debido a que, por un lado, presenta un aspecto dinámico cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y por el otro, contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única, por lo que es un proceso en donde se debe obtener la verdad personal y biográfica del ser humano.

El derecho a la identidad es un derecho de rango constitucional vinculado con los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que

⁵⁰ Tesis 1a./J. 37/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 633.

⁵¹ Tesis I.10o.A.1 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2018, p. 2548.

se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales, y además comprende derechos alimentarios y sucesorios.⁵²

En cuanto a la protección a la familia, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.⁵³

A pesar que el derecho a la identidad no se encuentre expresamente previsto en la Convención Americana, sí se encuentra protegido a partir de un análisis teleológico de los artículos 17 y 18 en relación con el artículo 1.⁵⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Gelman vs. Uruguay*, señaló que “el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.⁵⁵

En este pronunciamiento se coincide con la doctrina, en cuanto considera que la identidad supone no sólo los atributos biológicos sino todo lo referido a la personalidad que ha conformado el sujeto, y que permite su identificación en la sociedad en que se desenvuelve.⁵⁶ Lo anterior implica que en los juicios de desconocimiento de paternidad, por ejemplo, el derecho a la identidad no se agota con sólo saber el origen biológico, sino que incluye el compromiso del Estado de garantizar la preservación de los vínculos familiares.

Sobre el derecho a la identidad de los menores, la SCJN ha pronunciado al respecto que, derivado del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede establecer que el menor tiene derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. El derecho a la identidad de un menor se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad, a cono-

⁵² Tesis 1a. CXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 1034.

⁵³ Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo del 2005, párrafo 20.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 122.

⁵⁶ *Cfr.* Ghersi, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 142.

cer su filiación y origen, y a tener certeza de quién es su progenitor, lo que constituye un principio de orden público.⁵⁷

El derecho a la identidad no tiene el alcance para que la presunción legal de filiación a la identidad del matrimonio deba ceder ante cualquier circunstancia a la realidad biológica, pues la debida protección al menor, en relación con la confianza y pertenencia hacia el cónyuge varón, involucra una pluralidad de derechos y lazos efectivos para su formación.⁵⁸

1. *Interés superior del menor*

El Poder Judicial de la Federación ha reconocido la ambigüedad que puede producirse en la definición del interés superior del menor, por esto se ha pronunciado en las dimensiones en las que el mismo se debe valorar, destacando: el interés superior del menor, formando parte del derecho de familia, se distingue como un derecho esencial o duro dentro de la teoría de los derechos fundamentales.⁵⁹

Como marco jurídico fundamental del interés superior del menor, se destaca en la Constitución mexicana:

Artículo 4o., párrafo noveno: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

2. *Marco jurídico internacional y nacional de protección de los derechos del niño*

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.⁶⁰

⁵⁷ Tesis 1a. CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260.

⁵⁸ Tesis 1a. XXIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 649.

⁵⁹ Tesis 1a. CCCLXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 256.

⁶⁰ *Cfr.* Artículo 25.

- b) Convención sobre los Derechos del Niño, 2006. Esta Convención está integrada por 54 artículos cuya finalidad es una protección especial a los niños por su condición natural de vulnerabilidad. De acuerdo a esta Convención serán niños todos los menores de 18 años. Otro de los objetivos de esta Convención es la protección y respeto del principio del interés superior del menor, ya que establece que en todas las medidas concernientes a los niños debe primar el interés superior del menor.⁶¹
- c) Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.⁶² El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector, y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

El interés superior del menor se proyecta en tres dimensiones:

- 1) Como derecho sustantivo; consideración principal de cuestión debatida.
- 2) Como principio jurídico interpretativo fundamental a favor del interés superior del menor. Ha sostenido el más alto tribunal de México: “En el ámbito interno, el legislador ordinario también ha entendido que el interés superior es un principio que está implícito en la regulación constitucional”.⁶³
- 3) Como norma de procedimiento, deberá incluirse en el proceso de decisión una estimación de las posibles repercusiones. El derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado, son los tribunales los que deciden esa “zona intermedia”. Los criterios relevantes para la determinación en concreto del interés superior del menor, son los siguientes:

⁶¹ *Cfr.* Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶² Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014. Última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

⁶³ Tesis 1a. XLVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 310.

- i) Satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas del menor, espirituales, afectivas y educacionales;
- ii) Atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y
- iii) Mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor, pues toda alteración del mismo puede atentar en su personalidad y su futuro.⁶⁴

Cuando los juzgadores tengan que decidir una controversia que incide sobre los derechos de un menor, deben tener en cuenta que los niños requieren una protección legal reforzada, y que la única manera de brindarles esa protección, implica tener en cuenta todos sus derechos, así como el rol que juegan en la controversia sometida a su consideración, esto a fin de garantizar su bienestar integral, teniendo presente que sólo se le protege de manera integral, logrando su desarrollo holístico.

3. *¿La constitucionalización del derecho civil permite el contrato de gestación subrogada?*

El principio supremo de la constitucionalización del derecho civil es precisamente recuperar la dignidad de la persona en función de la realización personal, para esto lo principal es considerar no violentar la condición de niño en gestación como un producto patrimonial, ni la dignidad de los padres.

Al respecto, cabe mencionar la Observación General Número 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial. En el capítulo relativo a la evaluación y determinación del interés superior, se fija:

83. Puede haber situaciones en las que factores de “protección” que afectan al niño (que pueden implicar, por ejemplo, limitaciones o restricciones de derechos) hayan de valorarse en relación con medidas de “empoderamiento”.

84. Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para esto, no sólo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y

⁶⁴ Tesis 1a./J. 44/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, junio de 2014, p. 270.

de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo.⁶⁵

Por lo anterior, situaciones sobre los factores jurídicos de protecciones tradicionales pueden ponderarse, por ejemplo: edad, madurez del niño y filiación, al crearse nuevos paradigmas.

4. *Estudio de caso sobre la constitucionalización del derecho de familia*⁶⁶

A. *Hechos*

En 1996, H y M contrajeron matrimonio. Después la mujer se sometió a un tratamiento de inseminación artificial utilizando el semen de un donador anónimo. El esposo no se opuso a dicho procedimiento.

En 2008, nació un hijo, producto del tratamiento, quien fue registrado legalmente por el esposo de la señora como padre del menor.

El cónyuge varón promovió juicio de divorcio, y así quedaron declarados judicialmente divorciados.

Después de cierto tiempo, se promueve juicio de impugnación de paternidad por parte de la madre, en representación de la menor, por violación de su derecho a la identidad en un juzgado familiar de la Ciudad de México.

A través del caso se determinará: ¿de qué forma se respeta, en un juicio por desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad del menor, nacido dentro de un matrimonio, que fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga?

B. *Objetivo general*

Determinar si en una inseminación artificial, con gametos masculinos de un donador anónimo, puede utilizarse el derecho a la identidad como sustento para establecer que el infante que nació dentro del matrimonio no

⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial, Nueva York, 2013, p. 18.

⁶⁶ Amparo directo en revisión 2766/2015, Resolución 12 de julio de 2017, 1a. Sala de la SCJN.

guarda ninguna relación de filiación con su padre no biológico, aun cuando los cónyuges presumiblemente estuvieron de acuerdo en someterse a prácticas de reproducción asistida, tema respecto del cual no existe precedente.

La problemática del asunto o litigio jurídico se centró sobre el desconocimiento de paternidad, que parte de los cuestionamientos siguientes:

- 1) ¿Es el matrimonio entre hombre y mujer suficiente para proteger la filiación de un hijo nacido por aprobación del padre, es decir, con el consentimiento otorgado por el esposo?
- 2) Incorporación jurídica de la voluntad procreacional.

C. *Ámbito litigioso*

En 2012, la señora M promovió juicio ordinario civil sobre desconocimiento de paternidad en contra de su ex esposo en un juzgado familiar de la Ciudad de México.

En la sentencia se declaró improcedente la acción de desconocimiento de paternidad, al considerar que no era el padre biológico del menor, pero había dado su consentimiento para la técnica.

La actora presentó recurso de apelación en la Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Por sentencia de 2014, el Tribunal revisor señaló que era improcedente la pretensión, al ir en contra de todos los principios que fueron base para regular en el Código Civil para la Ciudad de México, el uso de métodos de reproducción asistida.

El Tribunal explicó:

- i) Que la litis no se centra en la falta de coincidencia genética, sino en la prueba de la ausencia o irrelevancia de un acuerdo de voluntades, para el uso de las técnicas de reproducción asistida durante la vigencia del vínculo conyugal, y dar vida a un ser humano.
- ii) El menor tiene derecho a su verdadera identidad biológica, a que sea registrado por quienes sean realmente sus padres, y si el progenitor resulta ser un donador anónimo, entonces éste solamente podrá ser sustituido mediante la adopción, y no a través de la simple aceptación para llevar a cabo un procedimiento de inseminación.⁶⁷

⁶⁷ Toca de apelación 1664/2014.

En diciembre de 2014, por su propio derecho y en representación de su menor hijo, la señora M promovió demanda de amparo directo, radicado ante el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. En los conceptos de violación expresó:

Incongruencia, ya que priva al menor de su derecho a conocer su verdadera identidad o filiación biológica o a que no se le atribuya una que no tiene [...] lo señalado por la Sala responsable en cuanto a la inseminación homóloga o heteróloga es infundado, puesto que la procreación de un niño no puede ser objeto de un contrato o de un acuerdo de voluntades como lo sugiere la responsable.

En la resolución de segunda instancia se destaca:

- a) En la solución de este tipo de asuntos, al lado de la verdad biológica existe otra que no puede ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social que nutre el aspecto evolutivo de la identidad humana.
- b) No puede considerarse la identidad humana como un derecho estático basado en la realidad genética, sino que debe entenderse, progresivamente, como un derecho humano dinámico, alimentado con la interacción de los hijos con sus padres, los demás familiares y la sociedad en general.
- c) En los artículos 324 y 326 del Código Civil para la Ciudad de México, se configura la presunción de ser hijo de ambos cónyuges, al estar el varón impedido para revocar su voluntad de tener un hijo concebido con dichos métodos.

D. *Soluciones al problema jurídico del caso*

La quejosa alega que se sometió a un tratamiento de fecundación *in vitro*, en todo el contenido argumentativo de las instancias, en cada sentencia reclamada y recurrida; pero lo cierto es que, en realidad, fue parte de un procedimiento de inseminación artificial heteróloga, en el que la aceptación de los cónyuges de someterse a dicho tratamiento es de la mayor relevancia jurídica, pues según cómo se haya actualizado esa aceptación, acto voluntario o consentimiento, es como se producirán las consecuencias de derecho.

En este contexto, y vinculado con el caso antes analizado, señalamos brevemente en qué consisten las técnicas de reproducción asistida y su perspectiva en el estado mexicano.

Estado de la cuestión sobre las técnicas de reproducción asistida en México

Los derechos reproductivos aparecen protegidos por la Constitución federal, y se han ratificado en la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, en el Cairo, desde 1994; así como en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la misma organización internacional, en Pekín, desde 1995.⁶⁸

En la sentencia del caso, objeto de estudio, se reconoce que dentro de los derechos reproductivos se encuentra la reproducción asistida, que consiste en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando una pareja presenta problemas de fertilidad.⁶⁹ Así que la reproducción asistida alude a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación y posterior nacimiento del hijo.

Dentro de las diversas técnicas se encuentra: la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado.⁷⁰

La fecundación *in vitro* constituye el procedimiento por medio del cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermia en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer.⁷¹ Sobre el desarrollo embrionario en la fecundación *in vitro*, existen cinco etapas que duran un total de cinco días, esto implica que el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. A los doce días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores.

En el caso de la inseminación artificial o asistida, ésta consiste en aplicar técnicas tendentes a lograr una fertilización dentro del claustro materno;

⁶⁸ Ramírez Barba, Éctor Jaime y Vázquez Guerrero, Miguel Ángel, “Reproducción asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos”, en García Colorado, Gabriel (coord.), *Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida*, México, Trillas, 2009, pp. 73-81.

⁶⁹ El tema está abordado en ese sentido en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 129-183.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2012, p. 63.

⁷¹ Declaración ante fedatario público del perito Garza (expediente de fondo, t. V, folio 2559) citado en Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros*, *op. cit.*, p. 64.

biológicamente, inseminar significa hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio, sin que exista extracción de óvulos de la mujer, pero sí espermatozoides del hombre, sea éste el cónyuge o un donador externo.⁷²

Existen varias formas o tipos de inseminación; para el caso en cuestión, destaca:

- i) La inseminación artificial homóloga, que se aplica a una mujer que tiene un cónyuge o una pareja, cuando el material genético es de ambos, y existe un consentimiento de la pareja.
- ii) La inseminación artificial heteróloga, que se aplica a una mujer (casada o soltera) que es inseminada con el material genético de un donador anónimo; si es casada, el cónyuge da su autorización, pero no aporta material genético para la fecundación.

El sistema jurídico mexicano no ha integrado en una normatividad integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de asistencia reproductiva. La Ley General de Salud establece una penalidad a quien, sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento —si ésta fuere menor o incapaz—, realice en ella inseminación artificial.⁷³

En el ámbito estatal, algunos códigos civiles y familiares del país han incluido cierta normativa sobre el tema de las técnicas de reproducción asistida, y su implicación en el ámbito del estado civil de las personas que han utilizado estos avances científicos, como es el caso de Tabasco, Estado de México, Zacatecas, San Luis Potosí, Sonora y Ciudad de México.

La normativa civil con más uso de la gestación subrogada como término general, desde 1997, es el Código Civil de Tabasco; según mi propio criterio, la mayoría de sus artículos pueden considerarse erráticos y violadores de la dignidad de la persona.⁷⁴

El Código Civil del Estado de México dispone sobre las técnicas de reproducción asistida y el consentimiento de las partes, observándose la

⁷² Mendoza C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, pp. 48 y 49.

⁷³ Artículo 466 de la Ley General de Salud: “Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

⁷⁴ Código Civil de Tabasco publicado en el *Periódico Oficial* el 9 de abril de 1997; se adicionó un capítulo especial sobre gestación asistida y subrogada, mediante reforma publicada el 13 de enero de 2016. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

prohibición de la maternidad o gestación subrogada, toda vez que prevé solamente la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial, cuyo consentimiento debe otorgarse judicialmente.⁷⁵

El Código Familiar de Zacatecas, por su parte, sobre las técnicas de reproducción asistida establece que no se podrá desconocer la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.⁷⁶

En cuanto a códigos familiares, es de destacar el de San Luis Potosí,⁷⁷ que dedica un apartado a la filiación resultante de la fecundación humana asistida, en donde reconoce que las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán: 1) Transferencia intratubárica de cigoto o tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico; 2) Fertilización *in vitro*, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y 3) Fertilización ICSI, que se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.

Además, considera inexistente la maternidad sustituta, y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.⁷⁸

El Código Familiar para el Estado de Sonora también dedica parte de su articulado a las técnicas de reproducción asistida, considerando como causal de divorcio, si uno de los cónyuges se somete a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros, sin consentimiento del otro.⁷⁹

El estudio normativo principal para efectos del caso que se analiza, sobre técnicas de reproducción asistida, lo centramos en el Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, en donde se destacan:

⁷⁵ Véase artículos 4.111 a 4.116 del Código Civil del Estado de México, publicado en el *Periódico Oficial* el 7 de junio de 2002. Última reforma publicada el 1o. de agosto de 2019.

⁷⁶ *Cfr.* Artículo 290 del Código Civil de Zacatecas, publicado en el *Periódico Oficial* el 7 de octubre de 1986. Última reforma publicada el 24 de agosto de 2019.

⁷⁷ *Cfr.* Artículo 238 del Código Familiar de San Luis Potosí publicado en el *Periódico Oficial* el 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada el 20 de mayo de 2019.

⁷⁸ Véase artículo 243 del Código Familiar de San Luis Potosí.

⁷⁹ *Cfr.* Artículo 156, fracción XV, del Código de Familiar de Sonora, vigente a partir del 1o. de abril de 2011. Última reforma publicada el 21 de enero de 2019.

- i) Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.⁸⁰
- ii) Se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.⁸¹
- iii) No podrá impugnarse la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge, mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.⁸²
- iv) Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.⁸³

El estado de arte sobre la cuestión, en el derecho nacional, evidencia que en los estados de San Luis Potosí y Tabasco se contemplan los diferentes tipos de reproducción asistida, pues en el resto de las entidades federativas la regulación no es específica en individualizar cada proceso; no obstante, destaca que siempre se legisló sobre la permisión de que tanto cónyuges como concubinos puedan someterse a dichos tratamientos, teniendo como punto de partida —siempre— el elemento relativo a la voluntad que deben otorgar las personas que deseen someterse a las técnicas de reproducción asistida.

El Código Civil para el Distrito Federal, actual Ciudad de México, tampoco contempla las diferencias que existen entre las distintas técnicas de reproducción asistida, sólo se refiere a ellas de manera tangencial, incidental e indirecta. Dentro de este vacío normativo, no existe una regla especial que

⁸⁰ *Cfr.* Artículo 162, segundo párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada el 18 de julio de 2018.

⁸¹ *Cfr.* Artículo 293, segundo párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸² *Cfr.* Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸³ *Cfr.* Artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal.

establezca los requisitos que deberán de cumplirse para el acceso a las mismas; sin embargo, sí se regula una cuestión fundamental, ésta es la relativa a que entre el menor que nazca bajo esos métodos y los sujetos que dieron su voluntad para su concepción, surgirá un parentesco igual a aquel que surge por consanguinidad.

E. *Problemática jurídica*

¿De qué forma se respeta, en un juicio por desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad del menor nacido dentro de un matrimonio, que fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga? En los derechos reproductivos —en especial, en el empleo de un tratamiento por inseminación artificial—, el derecho a la identidad, protegido por el artículo 4o. constitucional, se reconoce con una doble connotación:

- i) Respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos (los padres). Al analizar un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, como técnica a través de la cual las personas, tanto en lo individual como en pareja, pueden ejercer su derecho a formar una familia, debe determinarse en qué dimensión se encuentran, en cuanto a las personas participantes.
- ii) En relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas. ¿Existió o no consentimiento de la persona que no aportó material genético? Éste será el elemento primordial para integrar la filiación de un hijo nacido bajo esa técnica de reproducción asistida.

a. Principio de proporcionalidad

El derecho a la identidad y la filiación constituyen derechos del menor, y no una facultad de los padres, y si bien la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, esto no siempre es posible.

Si bien es cierto que en esos procedimientos se cuestiona el origen biológico, en determinadas circunstancias no se tiene que agotar con tal elemento, pues también existen otros a considerar, como la preservación en beneficio del menor de vínculos familiares, esto cuando no hay coincidencia entre el origen biológico y la filiación jurídica.⁸⁴

⁸⁴ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 151.

El derecho a la identidad tiene que adaptarse a las circunstancias del caso concreto, ya que puede interactuar con otros derechos, como el de la protección a la familia o el propio interés superior del menor, todos protegidos por el Estado.⁸⁵

Si bien se ha reconocido como uno de los elementos o componentes del derecho a la identidad, el derecho de la persona física (en el caso, del menor) a conocer su origen biológico; tal argumento no puede ser acogido en la especie como determinante para la solución del problema jurídico que se plantea.

b. Ponderación en stricto sensu

El consentimiento informado de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga o la incorporación jurisprudencial del concepto de voluntad procreacional es la que determinará la filiación del menor. La voluntad consensuada de ambos es la que prima para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, esto a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos.

A este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que no es más que el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea.⁸⁶

F. Resolución

La Primera Sala consideró que en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor, nacido bajo ese tratamiento, con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial; es decir, para que el cónyuge varón asuma las responsabilidades derivadas de la filiación; voluntad que se protege bajo el amparo del artículo 4o. constitucional, y que se obtiene de la interpretación funcional de los artículos 162, 293, 326 y 329 del Código Civil para la Ciudad de México.

No asiste razón a la señora M, porque en el caso analizado, la filiación no se determina por la verdad biológica, sino por la voluntad expresada por

⁸⁵ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 114.

⁸⁶ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 143.

ambos cónyuges para someterse a un proceso de inseminación artificial heteróloga, lo que acarrea una filiación indisoluble entre el niño producto de ese tratamiento y el cónyuge varón que asumió esa paternidad, a través de la manifestación de la voluntad procreacional de este último.

La recurrente propone una interpretación errónea e incompleta de la forma en que puede surgir la filiación entre padre e hijo, pues la reduce a la existencia de un lazo biológico o bien a la celebración de un acto jurídico de adopción; sin embargo, se ha visto que en el caso del hijo nacido dentro de matrimonio o concubinato con el consentimiento de la pareja, mediante una inseminación artificial heteróloga, la existencia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.

En la resolución se determinó que el menor nacido bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga pueda conocer la identidad del donador, depende de los términos en que se hubiere efectuado la donación, y no de que se desconozca el vínculo filial con el demandado, y por lo tanto, no debe confundirse la impugnación de la filiación con el derecho a conocer el origen biológico; si el menor quisiera hacer valer algún derecho frente al donador, derivado del nexo genético, esto sería materia de una *litis* distinta a la de desconocimiento de paternidad.⁸⁷

El respeto del derecho a la identidad del menor, quien fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga dentro de un matrimonio, se observa con la conservación de la filiación del padre, quien otorgó su voluntad procreacional para que la madre se sometiera a dicho tratamiento.

Con esta conclusión se protege, en su doble connotación, el derecho contenido en el artículo 4o. constitucional; primero, porque se salvaguarda la identidad del niño y se preserva el mandato constitucional y convencional de respetar su interés superior, al preservar su relación familiar y la satisfacción de sus derechos fundamentales, derivada de la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación; y segundo, porque con la conservación de la filiación se garantizan otros derechos involucrados desde la perspectiva de los sujetos que fueron parte de un proceso de inseminación artificial heteróloga, como son la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar.⁸⁸

Lo cierto es que no existe una regulación específica en cuanto a la forma acerca de cómo se debe expresar esa voluntad, así lo reconoce en su re-

⁸⁷ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 166.

⁸⁸ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 171.

solución la SCJN. Por interpretación teleológica, considera la voluntad procreacional, amparada en el artículo 1803 del Código Civil para la Ciudad de México, y de nuevo en este punto se presenta una contradicción, porque dicho artículo pertenece al capítulo de contratos.

En lo que sí coincidimos, es que el niño concebido por técnicas de reproducción asistida es hijo legítimo de los dos, y ninguno tiene derecho de impugnar la paternidad, ya que ambos consintieron su procreación y nacimiento dentro de la vigencia del vínculo, y no se entiende por qué alejarse de los artículos antes mencionados en la parte de filiación de los códigos de varios estados, donde existe un pronunciamiento absoluto que, una vez autorizado, no procede al desconocimiento de la paternidad.⁸⁹

G. Reflexiones finales sobre el estudio del caso

El papel que el derecho a la identidad juega en los juicios de desconocimiento de paternidad es, en principio, un derecho de los menores, y no una facultad de los padres. El cuestionamiento del origen biológico no es el único elemento por considerar, pues la preservación del beneficio del menor es lo fundamental, cuando no exista coincidencia entre el origen biológico y la filiación jurídica.

En caso de ponderación *stricto sensu*, el derecho a la identidad tiene que fortalecer la dignidad del infante a través de la protección de la familia para garantizar el propio interés superior del menor; en tanto la identidad, si es cierto que no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia vital durante este periodo de vida.

Se estima más acertado cuando la Primera Sala reconoce la falta de normativa idónea para reconocer la voluntad procreacional, considerando la opción de que el operador jurídico pueda concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional sea el documento donde conste la expresión de los cónyuges para someterse a ese tratamiento, expedido previamente al sometimiento de la técnica de reproducción asistida. Acepto esta opción, siempre y cuando no exista un contrato en esta técnica médica.

⁸⁹ El artículo 326 del Código Civil para la Ciudad de México señalado, y que establece que únicamente puede impugnar la paternidad el cónyuge varón cuando el nacimiento se le haya ocultado o demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos días anteriores al nacimiento, o bien, cuando no haya consentido alguna técnica de reproducción asistida; en consecuencia, la madre no puede impugnar la paternidad, en caso de que el padre haya consentido una reproducción asistida.

El nuevo paradigma, creado en estas circunstancias, se sostiene por el hecho de que, en los juicios de desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad, que involucra el conocimiento del origen biológico, no se agota con el conocimiento de esto último, pues también abarca el derecho a garantizar a los menores la preservación de los vínculos familiares.

De modo que cuando una prueba sea el documento donde conste la expresión de la voluntad de los cónyuges para someterse a una técnica de reproducción asistida, la Primera Sala considera que esto no puede ser el único medio de convicción a partir del cual se pueda determinar si existió consentimiento para la realización de ese tratamiento, pues tal conclusión puede obtenerse a partir de los diferentes medios de convicción que se encuentren en el juicio.

VI. CONCLUSIONES

La existencia y formación del derecho de familia es un fenómeno sociojurídico que ha sido conformado en varias etapas de la sociedad mexicana, a diferencia de países europeos y latinoamericanos, con la existencia de leyes especiales a principios del siglo XX.

El derecho de familia, en México, logró cierta autonomía dentro del derecho civil no sólo legislativamente o dentro de la teoría del positivismo, sino con un método de política jurídica que transformó el contenido de ciertas instituciones familiares como el divorcio, y la creación de otras nuevas relaciones como el concubinato.

La incorporación de la protección de las personas más débiles sobre la autonomía de la voluntad, a principios del siglo XX, marcó en el derecho civil y el derecho familiar en ciernes, una protección social que sólo fue superada por la creación de la teoría de los derechos humanos a mediados del siglo anterior.

La protección de la teoría de los derechos humanos, a través de la constitucionalización de algunas instituciones tradicionales del derecho civil, otorga un nuevo contenido al derecho familiar, no de corte legislativo, sino doctrinal y jurisprudencial. No se puede negar que la noción de la persona y su cualidad en el mundo del derecho implica el libre desarrollo de la personalidad que, a su vez, se reconoce también como el conjunto de manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano, y de su individualidad como forma idónea para tutelar la dignidad humana dentro de la esfera jurídica.

La incorporación del principio *pro persona* al artículo 1o. —en la reforma constitucional de 2011— y la presencia de algunos otros principios, como el interés superior del menor, consolidan este cambio diferencial que exis-

te en México, no sólo legislativamente desde principios del siglo XX, sino también con la promulgación del Código Civil de 1928 —y que fue influyendo en los códigos civiles estatales de los 32 estados del país—, ya que constituyen cambios paradigmáticos —tanto legislativos como jurisprudenciales— que van conformando una doctrina propia de nuestro tiempo; en donde el derecho civil —de carácter patriarcal romano— ha dado paso al interés superior de la niñez, en cualquier circunstancia, en el nacimiento de un constitucionalizado derecho de familia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BELOFF, Mary, “Artículo 17. Protección a la familia”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- BRENA SESMA, Ingrid, “La libertad testamentaria en el Código Civil de 1884”, en varios autores, *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén, “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, *Quid Iuris*, México, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, núm. 15, 2011.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Héctor Manuel, “El Código Civil Federal (origen, fundamento y constitucionalidad)”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, núm. 10, 2008.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, en varios autores, *Homenaje al profesor Juan Roca*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial, Nueva York, 2013.
- COMPULSAR BUSCH, Christoph, “Fundamental Right and Civil Litigation in Germany: Changing Tides between Karlsruhe, Luxembourg and Strasbourg”, en BARSOTTI, Vittoria (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*. San Marino, Maggioni, 2013.
- CRUZ BARNEY, Óscar, “La codificación civil en México, aspectos generales”, en *id. et al.*, *Código Civil para el Gobierno Interior del Estado de los Zacatecas de 1o. de diciembre de 1829*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

- GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1965.
- GHERSI, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM-Porrúa, 2007.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (coord.), *Las familias en el siglo XXI, una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- ICAZA DUFOUR, Francisco de, “Breve reseña de la legislación civil en México, desde la época precortesiana hasta 1854”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Departamento de Derecho, núm. 4, 1972.
- MENDOZA C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011.
- OLIVA GÓMEZ, Eduardo, “El tránsito del concepto del derecho de familia al concepto de derecho de familias o derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI”, en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- PERLINGEIRI, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, trad. Agustín Luna Serrano *et al.*, Madrid, Dykinson, 2008.
- RAMÍREZ BARBA, Éctor Jaime y VÁZQUEZ GUERRERO, Miguel Ángel, “Reproducción asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos”, en GARCÍA COLORADO, Gabriel (coord.), *Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida*, México, Trillas, 2009.
- ROCA TRÍAS, Encarna, “Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona”, en varios autores, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Bosch, 1993, vol. II.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, II Mulino, 1976.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, *Hacia una nueva investigación jurídica*, México, UNAM-Porrúa, 2019.

1. *Legislación*

Código Civil de Tabasco, *Periódico Oficial*, 9 de abril de 1997. Se adicionó un capítulo especial sobre gestación asistida y subrogada, mediante reforma publicada el 13 de enero de 2016. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

Código Civil de Zacatecas, *Periódico Oficial*, 7 de octubre de 1986. Última reforma publicada el 24 de agosto de 2019.

Código Civil del Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 18 de julio de 2018.

Código Civil del Estado de México, *Periódico Oficial*, 7 de junio de 2002. Última reforma publicada el 10 de agosto de 2019.

Código Civil Federal, Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de junio de 2019.

Código Civil para el Estado de Nuevo León, *Periódico Oficial*, 6 de julio de 1935. Última reforma publicada el 31 de diciembre de 2018.

Código Familiar de Sonora, vigente a partir del 10 de abril de 2011. Última reforma publicada el 21 de enero de 2019.

Código Familiar de San Luis Potosí, *Periódico Oficial*, 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada el 20 de mayo de 2019.

Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014. Última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

Ley General de Víctimas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013. Última reforma publicada el 3 de enero de 2017.

2. *Jurisprudencia*

Amparo directo en revisión 2766/2015, Resolución 12 de julio de 2017, 1a. Sala de la SCJN.

- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2012.
- Corte IDH, *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo del 2005.
- Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.
- Tesis aislada P. LXXVII/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, octubre de 1995.
- Tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 633.
- Tesis de jurisprudencia 1a./J. 44/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, junio de 2014, p. 270.
- Tesis de jurisprudencia 2a./J. 113/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, agosto de 2019, p. 2328.
- Tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/11, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2133.
- Tesis 1a. CCCLXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 256.
- Tesis 1a. CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260.
- Tesis 1a. CXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 1034.
- Tesis 1a. XLVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 310.
- Tesis 1a. XXIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 649.
- Tesis I.10o.A.1 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2018, p. 2548.
- Tesis P./J. 12/93, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 71, noviembre de 1993.